Heft 6 [353] 65. Jahrgang 8. Februar 1936

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem kommissarischen Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt Dr. Droege, unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates: Dr. Hanns Fritzsche, Leipzig; Dr. Hawlitzky, Forst i. L.; Dr. Mößmer, München; Prof. Dr. Noack, Halle a. S.; Dr. Rudat, Königsberg (Pr.); Wilh. Scholz, Berlin; Dr. Schwartz, Prenzlau; Dr. Ullrich, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher A 9, Blücher 0217

Neugestaltung des Ehescheidungsrechtes

Eine Einführung in das Gedankengut der Vorschläge des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht[1])

Von Rechtsanwalt Dr. Ferdinand Mößmer, München

Als im Jahre 1934 der Familienrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht seine Arbeiten aufnahm, wäre es das Nächstliegende gewesen, mit der Ausarbeitung der Vorschläge für die Erneuerung des Verlöbnis- und Eheschließungsrechtes zu beginnen, welche Rechtsgebiete naturgemäß am Anfang des Familienrechts stehen. Zwingende Gründe sprachen jedoch für eine andere Arbeitseinteilung. Zunächst blieb noch abzuwarten die endgültige Festlegung maßgeblicher Rechtsbegriffe des Staatsbürgers, des Artfremden, in Sonderheit des Juden, der Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit des deutschen Menschen. Diese Lücke ist inzwischen auch teilweise geschlossen worden durch die Nürnberger Gesetze vom 15. Sept. 1935. Andererseits hatte der gewaltige Umbruch des deutschen Geisteslebens dem seit vielen Jahren erkennbaren Drängen nach Änderung des Ehescheidungsrechtes einen derart stürmischen Auftrieb verliehen, daß die alsbaldige Lösung dieser Aufgabe besonders vordringlich erschien. Schon in den ersten Sitzungen des Familienrechtsausschusses konnte völlige Klarheit darüber erzielt werden, daß diese Wünsche weitester Volkskreise nicht erfüllt werden könnten unter Zuhilfenahme der zahlreichen in den vergangenen Jahrzehnten ausgearbeiteten Vorschläge, vor allem nicht durch eine bloße Änderung oder Ergänzung der im BGB. getroffenen Regelung, daß vielmehr die Rechtserneuerung nur auf der Grundlage der nationalsozialistischen Weltanschauung erfolgen könne.

Damit waren freilich die Schwierigkeiten, vor die sich der Ausschuß gestellt sah, noch keineswegs gemeistert. In erster Linie war festzulegen, welche Stellung der Ehe als Rechtseinrichtung innerhalb der völkischen Gemeinschaft zukommt; denn von der Begriffs- und Zweckbestimmung der Ehe als natürlicher Grundlage der Familie und weiterhin der Volksgemeinschaft hängt es vornehmlich ab, ob überhaupt, wann und wie die Scheidung der Ehe zugelassen würde. Nach geltendem Recht ist die Ehe trotz des Interesses, das der Staat an ihrer möglichsten Aufrechterhaltung zeigte und trotz des Nachdruckes, der auf sie als eine sittliche Einrichtung gelegt wurde, jedenfalls in erster Linie die individuelle Verbindung zweier Menschen verschiedenen Geschlechts zu gegenseitiger Lebensgemeinschaft. Demgegenüber siegte im Ausschuß die Auffassung, daß die Ehe im nationalsozialistischen Sinn eine Einrichtung ist, die wieder zum unversieglichen Quell der körperlichen, geistigen und seelischen Kräfte der Nation werden muß und daher vorweg den Lebensnotwendigkeiten des gesamten Volkes zu dienen hat. Daraus folgt, daß nicht jede bestehende eheliche Verbindung beliebiger Menschen diese hohen sittlichen Aufgaben zu erfüllen vermag und daß daher die Gemeinschaft nicht an der möglichsten Aufrechterhaltung von Ehen schlechthin, sondern nur an dem Bestand jener Ehen interessiert sein kann, die der Gemeinschaft nützlich oder jedenfalls nicht abträglich sind.

Diese Erwägungen führten zwangsläufig dazu, den für das Scheidungsrecht zur Zeit geltenden, einer rein individualistischen Rechtsanschauung entsprechenden Verschuldensgrundsatz aufzugeben und an seine Stelle den Zerrüttungsgrundsatz treten zu lassen; entscheidend soll nicht mehr sein für die Frage, ob eine Ehe zu scheiden sei, daß ein Ehegatte die ihm gegenüber dem anderen Ehegatten obliegenden Pflichten verletzt hat und dem anderen Ehegatten daher die Fortsetzung der Ehe angesichts der Auswirkungen des schuldhaften Verhaltens nicht mehr zugemutet werden kann, sondern das objektive Bild, das die einzelne Ehe gewährt. Ist die Ehe unheilbar zerstört, so mag es gleichgültig bleiben, ob diese Zerrüttung im Innenverhältnis der Ehegatten zueinander besteht oder ob sie trotz Einvernehmens der Ehegatten in anderer Weise die Merkmale ihres dauernden sittlichen Verfalls trägt. Während im Innenverhältnis die einzelne Ehe nicht nur durch das schuldhafte Verhalten eines Ehegatten sittlich vernichtet sein kann, sondern sehr wohl auch durch unverschuldete Umstände wie rassische Verschiedenheit, charakterliche oder weltanschauliche Gegensätzlichkeit, geistige oder körperliche Gebrechen, darf andererseits in jedem Fall nur dann die Scheidung stattfinden, wenn durch einen festgestellten Grund die Zerrüttung soweit gediehen ist, daß die Wiederherstellung einer

[1]) Vgl. unter Schrifttum unten S. 367.

dem Wesen der Ehe (nach nationalsozialistischer Auffassung) entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. All denen, die immer von einer nicht zu verantwortenden Erleichterung der Ehescheidung durch die Beseitigung des Verschuldensgrundsatzes faseln, sei hier gesagt: Nicht Erleichterung, sondern Erweiterung der Scheidungsmöglichkeit ist das Ziel der Reformvorschläge! So ist es gewiß keine Erleichterung, sondern im Gegenteil eine wesentliche Erschwerung, wenn in Zukunft auch in den Fällen, wo bisher ein unbedingter Scheidungsanspruch gewährt ist wie beim Ehebruch, die tatsächliche Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses in jedem einzelnen Fall festgestellt werden muß, wenn insbes. der Richter berechtigt und verpflichtet sein soll, nachzuprüfen, ob der behauptete Scheidungsgrund auch der Wahrheit entspricht und nicht lediglich zur Begünstigung der Scheidung erfunden ist. Allerdings soll ein Ehegatte künftig auch nicht an einer Ehe einfach deshalb zerbrechen, weil sie ohne inmitteliegendes Verschulden unerträglich geworden ist, an einer Ehe, in der jede Hoffnung auf späteren Ausgleich der Charaktergegensätze oder sonstigen Störungsursachen vergeblich ist. Aus welchem Grund eine Ehe für dauernd der Lebensgemeinschaft der Ehegatten entbehrt, aus welchem Grund sie damit ihres ureigenen Wesens beraubt ist, aus welchem Grund sie schließlich Sinn und Zweck ihres Seins nicht mehr zu verwirklichen vermag, vielmehr als Zerrbild einer wahren Ehe Ansehen und Achtung des Instituts der Ehe überhaupt in weitesten Volkskreisen zerstört, kann wahrlich für die Frage ihrer Aufrechterhaltung oder Lösung nicht ausschlaggebend sein. Wenn freilich die eheliche Zerrüttung ausschließlich auf dem einseitigen Verschulden des einen Ehegatten beruht, können sehr wohl sittliche, im Wesen der Ehe als persönliche Verbindung zweier Menschen begründete Gesichtspunkte die Aufrechterhaltung der einzelnen Ehe auch dann rechtfertigen, wenn im übrigen die allgemeinen Voraussetzungen für ihre Lösung gegeben sind. Derartige Ausnahmen sind jedoch nicht angetan, der großen grundsätzlichen Idee der Reformbestrebungen Abbruch zu tun.

Diese völlig neuen Gedankengänge auf dem Gebiet des materiellen Scheidungsrechts bedingen naturgemäß eine entsprechende Anpassung des Verfahrensrechts. Nicht nur, daß den Parteien die Verfügung über den Prozeßstoff weitestgehend entzogen werden muß, daß der Eherichter in der Handhabung des Verfahrens möglichste Freiheit erhält, werden vor allem auch die künftigen Ehegerichte, die als Unterabteilungen der zu errichtenden Familienämter gedacht sind, mit Richtern besetzt werden müssen, die abgesehen von ihrer besonderen rein menschlichen Eignung auch die Gewähr für eine sinngemäße Anwendung des neuen gemeinschaftsbezogenen Eherechts bieten. Der deutsche Rechtsanwalt aber, der berufen sein soll unter Aufrechterhaltung des Anwaltszwanges die Parteien im Scheidungsverfahren zu beraten und zu vertreten, muß sich nicht minder der großen Aufgabe bewußt sein, die die Anwendung des neuen Scheidungsrechtes an ihn stellt.

Nicht unberührt von diesen tiefgreifenden Änderungen, die in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht vom Familienrechtsausschuß in Vorschlag gebracht werden, blieb selbstverständlich auch die künftige Gestaltung der Rechtsfolgen der Ehescheidung. Soll die Scheidung nur mehr erfolgen, wenn sich das Gericht auf Grund eingehendster Prüfung von der völligen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses überzeugt hat, wenn demnach an dem Bestand der Ehe ein höheres Interesse nicht mehr besteht, ja vielleicht dieses höhere Interesse sogar ihre Lösung erheischt, so ist es nur begreiflich, daß den Eheleuten im Rahmen des Scheidungsverfahrens selbst zunächst Gelegenheit gegeben wird, sich über die Rechtsfolgen der bevorstehenden Scheidung in Güte zu einigen, vorbehaltlich der richterlichen Genehmigung jener Abmachungen, die das fernere Schicksal etwa vorhandener minderjähriger Kinder betreffen. Kommt jedoch bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils eine solche Vereinbarung nicht zustande, dann soll das Ehegericht mit tunlichster Beschleunigung, ohne daß es eines weiteren Antrags bedarf, in einem besonderen anschließenden Verfahren über die etwaigen Unterhaltsverpflichtungen, die Auseinandersetzung des Vermögens, das Vertretungs- und Sorgerecht für minderjährige eheliche Kinder, die Zuteilung der Häuslichkeit und die Fortführung des Mannesnamens durch die Frau entscheiden. Für diese Entscheidung soll nur in beschränktem Umfang bindendes materielles Recht geschaffen werden, so beispielsweise die Bestimmung, daß grundsätzlich der allein schuldige Ehegatte keinen Anspruch auf Unterhalt besitzt, daß der sorgeberechtigte Ehegatte grundsätzlich auch zur Vertretung des Kindes befugt ist, daß die Frau grundsätzlich zur Fortführung des Mannesnamens berechtigt ist, daß der Mann aber auch später die Namensführung untersagen kann, wenn sich die Frau eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels schuldig macht. Im übrigen aber soll bei Festsetzung der Rechtsfolgen der Scheidung dem richterlichen Ermessen weitgehender Spielraum unter Berücksichtigung der Billigkeit eingeräumt werden.

Wenige Rechtsprobleme sind so heiß umstritten wie gerade das der Ehescheidung; auf keinem Gebiet tobten sich die Weltanschauungsgegensätze in gleich heftiger Weise aus. Daher kam es auch, daß unter der Herrschaft des Parlamentarismus in Deutschland alle Versuche einer Lösung des Problems scheitern mußten, daß bestenfalls eine mehr oder minder glückliche Kompromißlösung denkbar war. Wie aussichtslos auch ein solcher Versuch war, läßt der Umstand erkennen, daß gegebenenfalls die Zustimmung des politischen Katholizismus ebenso notwendig gewesen wäre wie die der jüdisch-marxistischen Gruppen. Vergegenwärtigt man sich aber, daß das katholische Eherecht der Scheidung völlig ablehnend gegenübersteht, die Gesetzgebung der Sowjetunion dagegen in der Ehe einen jederzeit auch einseitig kündbaren Vertrag erblickt, so konnte ein praktisches Ergebnis der früheren Reformbestrebungen überhaupt nicht erwartet werden. Die Vorschläge jedoch, die von mir nach eingehenden Beratungen des Familienrechtsausschusses ausgearbeitet und im einzelnen begründet wurden, sind bewußt aus dem in sich geschlossenen Ideengut des Nationalsozialismus geboren, ohne daß die Erfordernisse des modernen praktischen Lebens außer acht gelassen worden wären. Für diese Vorschläge war überdies bestimmend, daß „schon die gesteigerten Voraussetzungen, von denen künftig die Eheschließung abhängen soll, geeignet sind, zahlreiche Ehen zu verhindern, die bei ihrer Eingehung bereits den Keim des Verfalls in sich tragen" (Dr. F. Mößmer, Eherecht, Nr. 2 der Werbeschriften des BNSDJ. 1931). Diese Absicht, unerwünschte, der Zerrüttung besonders zugängliche Ehen überhaupt nicht entstehen zu lassen, ist inzwischen auch wenigstens teilweise in die Tat umgesetzt worden durch das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. Sept. 1935 und das Ehegesundheitsgesetz vom 18. Okt. 1935 in Verbindung mit dem ErbkrNachwGes. vom 14. Juli 1933.

Der Entwurf des Familienrechtsausschusses erhebt nicht den Anspruch über jede sachliche Kritik erhaben zu sein. Im Gegenteil, es ist der dankenswerte Wunsch des RMin. Dr. Frank, der die veröffentlichte Denkschrift mit einem eigenen Vorwort versehen hat, die Arbeit des Ausschusses der öffentlichen Kritik zu unterstellen, damit ein wahrhaft aus dem Geist der Volksgemeinschaft gewachsenes deutsches Ehescheidungsrecht geschaffen werde. Ich möchte daher auch noch selbst an dieser Stelle an alle, die sich berufen fühlen, die dringende Bitte richten, ihre reichen Kenntnisse und Erfahrungen zu den Vorschlägen und notfalls auch gegen sie mitzuteilen, auf daß der Gesetzgeber seine endgültige Entscheidung, auf die unzählige Volksgenossen voll zuversichtlicher Hoffnung warten, nicht nur zu ihrem eigenen, sondern vor allem auch zum Wohl der kommenden Geschlechter treffe.

Verhandeln und Verhandlungsgebühr in Ehesachen

I.

Von Justiz-Oberinspektor Bender, Mannheim

Der Gebührensatz des § 9 RAGebO. i. Verb. m. § 13 Ziff. 2 steht dem zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt zu für die mündliche Verhandlung (Verhandlungsgebühr). Diese Gebühr ist die Abgeltung für die mündliche Verhandlung, d. h. für die Tätigkeit des Rechtsanwalts in den zur mündlichen Verhandlung bestimmten Terminen (Aktgebühr). Unter „verhandeln" ist nach RGZ. 10, 389 diejenige Tätigkeit der Parteien zu verstehen, in der sie untereinander vor dem Richter einen unter ihnen obwaltenden Rechtsstreit vom entgegengesetzten Standpunkte aus erörtern und — eine jede in ihrem Interesse — diejenigen tatsächlichen Umstände, rechtlichen Ausführungen und Anträge vorbringen, durch die sie eine ihren Absichten entsprechende Entscheidung des Richters herbeiführen wollen. — Voraussetzung für das Entstehen einer jeden Verhandlungsgebühr ist die Mitwirkung bei einer wirklich stattfindenden Verhandlung, die dadurch eingeleitet wird, daß die Parteien ihre Anträge stellen. Die Antragstellung im Verhandlungstermin ist das entscheidende Kriterium für das Vorliegen einer mündlichen Verhandlung und damit für das Entstehen der Verhandlungsgebühr.

Die Verhandlung kann streitig oder nichtstreitig sein. Streitig ist die Verhandlung, soweit in derselben von beiden Parteien einander widersprechende Anträge gestellt werden, nichtstreitig ist die Verhandlung, wenn sich die Anträge der Parteien nicht widersprechen oder wenn nur von einer Partei ein Antrag zur Hauptsache gestellt wird und die andere Partei nicht verhandelt oder ausbleibt.

Für eine nichtstreitige Verhandlung steht dem Rechtsanwalt nach § 16 RAGebO. die Verhandlungsgebühr nur zu fünf Zehnteilen zu. Diese Minderung tritt nicht ein, wenn die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 331a ZPO.) beantragt wird, sowie in Rechtsstreitigkeiten der in § 21 GKG. bezeichneten Art, sofern der Kläger verhandelt. Sie tritt ferner nicht ein, wenn der Berufungskläger oder Revisionskläger ein Versäumnisurteil beantragt.

§ 21 GKG. nennt außer Kindschaftssachen i. S. der §§ 640—643 ZPO., landgerichtlichen Entmündigungssachen (Anfechtungsklage und Aufhebungsklage §§ 664, 679, 684, 686 ZPO.) Aufgebotssachen wegen einer Todeserklärung (Anfechtungsklage § 973 ZPO.) insbesondere auch die Ehesachen (§ 606 ZPO.).

Aus § 16 i. Verb. m. § 13 Nr. 2 ergibt sich für den Gebührenbezug als Regel, daß für eine streitige Verhandlung die volle, für eine nichtstreitige Verhandlung nur die halbe Verhandlungsgebühr anzusetzen ist. Dieser Regel des § 16 Satz 1 stehen demnach gegenüber die für eine Reihe von Sonderfällen erlassenen Ausnahmevorschriften des § 16 Satz 2 und 3, wo trotz nichtstreitiger Verhandlung die volle $^{10}/_{10}$-Verhandlungsgebühr erwächst. Vorab in den oben aufgeführten Statussachen, wo gegen den Beklagten niemals ein Versäumnisurteil ergehen kann, vielmehr immer eine sachliche Prüfung und Würdigung eintreten muß und die einseitige Verhandlung zu einem streitigen (kontradiktorischen) Urteil führt, soll die sonst zwischen streitiger Verhandlung und nichtstreitiger Verhandlung liegende Gebührenminderung nicht eintreten, vielmehr soll hier die nichtstreitige Verhandlung als streitige Verhandlung gelten und dementsprechend dem Rechtsanwalt honoriert werden. Ob es sich nun handelt um die erste mündliche Verhandlung (aus der die Verhandlungsgebühr geboren wird) oder um die nach der Beweisaufnahme erfolgte weitere mündliche Verhandlung (aus der die Verhandlungsgebührerhöhung geboren wird) spielt keine Rolle, unterschiedslos erstreckt sich die Ausnahmebestimmung des § 16 Satz 2 auf beide Verhandlungen und Gebühren. Das Gesetz sagt dies nicht ausdrücklich. Doch erscheint dies selbstverständlich, wenn nicht das Gesetz mit seinen eigenen Bestimmungen in Widerspruch geraten soll, denn die weitere Verhandlung spielt sich ja ebenso wie die vorausgegangene in dem gleichen einseitigen Verfahren ab, das eine Behandlung durch den Anwalt wie in einem streitigen erfordert.

§ 17 RAGebO. bestimmt: Insoweit sich in den Fällen des § 13 Nr. 4 die Vertretung auf die weitere mündliche Verhandlung erstreckt, erhöht sich die dem Rechtsanwalt zustehende Verhandlungsgebühr um $^5/_{10}$ und, falls diese Verhandlung eine nichtkontradiktorische ist, um die Hälfte dieses Betrags. Die §§ 16 und 17 sind — wie die Motive aussprechen — als Modifikationen der Vorschrift des § 13 Nr. 2 zu betrachten, d. h. sie bestimmen, wie sich in besonderen Fällen die Normal-Verhandlungsgebühr erniedrigt oder erhöht. Es befaßt sich also § 17 ebenso wie § 16 mit der Gebühr für die mündliche Verhandlung; ebenso bringt § 17 wieder den Unterschied in der Verhandlungsart und dementsprechend im Gebührenmaßstab. Wenn es heißt, daß sich die Erhöhung auf die Hälfte des Betrags von $^5/_{10}$ gleich $^5/_{20}$ dann beschränkt, wenn die weitere mündliche Verhandlung eine nichtkontradiktorische ist, so sollen damit nur die Verhandlungen getroffen werden, die der Regel nach als nichtstreitige angesehen werden (z. B. im gewöhnlichen Versäumnisverfahren), nicht dagegen die Verhandlungen, die ausnahmsweise, obgleich sie nichtstreitige sind, als streitige gelten sollen, denn dieselben Gesichtspunkte, die für die Bewertung der Verhandlung maßgebend sind, greifen auch bei der weiteren Verhandlung Platz.

Ob die weitere mündliche Verhandlung als streitig anzusehen ist, ist nach § 16 zu beurteilen. Anzunehmen, daß dem nicht so sei, weil der Gesetzgeber die Ausnahmevorschrift des § 16 Satz 2 in § 17 nicht ausdrücklich erwähnt habe, widerspricht dem inneren Zusammenhang der beiden Bestimmungen; die Wiederholung war überflüssig in § 17, zumal es sich dort nicht um eine selbständige neue Gebühr, sondern nur um die Erhöhung der schon genannten Verhandlungsgebühr handelt. Die Gebühr des § 17 hat vom Gesetzgeber keinen eigenen Gebührennamen erhalten, weil sie lediglich Erhöhung der Verhandlungsgebühr ist. Man gebraucht für sie häufig die Bezeichnung „Weitere Verhandlungsgebühr" oder „Beweisverhandlungsgebühr", weil ihr Entstehen eine Beweisaufnahme und weitere mündliche Verhandlung voraussetzt; immer aber ist zu beachten, daß sie nichts anderes ist als eine — zusätzliche — Verhandlungsgebühr, und es muß von ihr grundsätzlich alles das gelten, was von der eigentlichen Verhandlungsgebühr gilt, also auch der allgemeine Grundsatz des § 16, daß in gewissen Fällen eine mündliche Verhandlung, obgleich sie eine nichtstreitige ist, gebührenrechtlich als eine streitige gelten soll: die Fälle des § 21 GKG. sowie der auf Antrag erlassenen Entscheidung nach Lage der Akten (§ 331a ZPO.). Daß dieser Grundsatz des § 16 nun in § 17 für die weitere mündliche Verhandlung aufgegeben sein sollte, ist abzulehnen, da eine solche unterschiedliche Behandlung widerspruchsvoll ist.

Die Ausnahmebestimmung des § 16 Satz 2 RAGebO. ist also auch auf die weitere mündliche Verhandlung anzuwenden, so daß der Gebührenbezug insgesamt beträgt:

a) trotz nichtstreitiger Verhandlung: die Verhandlungsgebühr = $^{10}/_{10}$ und

b) trotz nichtstreitiger weiterer Verhandlung: die Verhandlungsgebühr-Erhöhung (auch „Weitere Verhandlungsgebühr" oder „Beweisverhandlungsgebühr" genannt) $^5/_{10}$,

ergibt zusammen (was der Sprache des Gesetzes am nächsten kommt) die erhöhte Verhandlungsgebühr = $^{15}/_{10}$ oder $1^1/_2$ Verhandlungsgebühr.

In den durch § 16 Satz 2 RAGebO. i. Verb. m. § 21 GKG. statuierten Ausnahmefällen, d. h. also u. a. für Ehesachen, Kindschaftssachen (was ja die am häufigsten

vorkommenden Fälle sind), kann die weitere Verhandlungsgebühr niemals $^5/_{20}$ betragen, sondern sie beträgt immer $^5/_{10}$. Dies hat sich in Schrifttum und Rechtsprechung zur herrschenden Meinung herausgebildet (vgl. Sydow-Busch-Krieg, RAGebO. S. 137 Anm. 5 zu § 17; JW. 1933, 546 zu 39; ferner OLG. Kiel: JW. 1933, 2228[21] und KG.: JW. 1933, 2924[6]).

II.

Von Kammergerichtsrat Dr. Gaedeke, Berlin

Den Ausführungen von Bender ist an sich nichts hinzuzusetzen. Man sollte meinen, daß derartige Fragen nur einmal durch eine Entscheidung klargestellt zu werden brauchen und daß damit die etwa vorhandenen Zweifel dann endgültig behoben sind. Leider lehrt die Erfahrung, daß dem nicht so ist und daß es gleichwohl immer noch einzelne Gerichte gibt, die ohne zwingenden Grund, vor allem ohne bessere Gründe, „aus der Reihe tanzen".

So wird in Ehesachen — als der häufigsten hier zur Erörterung stehenden Kategorie — mitunter, meist von allzu einseitig fiskalisch eingestellten Stellen, versucht, den oben entwickelten, längst in Geltung befindlichen Grundsatz zu leugnen und dem Armenanwalt bei nichtstreitiger weiterer Verhandlung nur die nichtstreitige weitere Verhandlungsgebühr des § 17 RAGebO., d. h. nur zu $^5/_{20}$ statt $^5/_{10}$, zukommen zu lassen. Die gesetzliche Regelung ist jedoch, wenn auch zu diesem Punkte nicht ausdrücklich, so in sich geschlossen, daß man in der Tat einen inneren Widerspruch hineinkonstruieren müßte, wollte man die Fälle der Erhöhung der Verhandlungsgebühr einer grundsätzlich anderen Behandlung unterwerfen als sie nach dem Gesetz der Verhandlungsgebühr zuteil wird.

Es ist aber für alle bei der Auslegung der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung Beteiligten nicht allzu schwer, den richtigen Weg innezuhalten. Vorstehende Ausführungen von Bender legen ihn nochmals zweifelsfrei klar.

Lebensfremder Formalismus im Zwangsversteigerungsrecht

Von Kammergerichtsrat Dr. Kaemmerer, Berlin

(Aus einem Vortrag vor den Vollstreckungsrichtern des Kammergerichtsbezirks)

A. Beachtung der Formvorschriften

So verschieden auch die Meinungen über die juristischen Streitfragen im Zwangsversteigerungsrecht sein mögen: in einem Punkte besteht wohl volles Einverständnis. Wenn in heutiger Zeit die praktische Durchführung irgendeines Gesetzes dem heutigen Rechtsdenken und in vielen Fällen den Belangen der Volksgemeinschaft und der Volksgenossen wenig entspricht, so ist es das ZwVerstG. Dies gilt in erster Linie von der Stellung des Versteigerungsrichters. Besteht doch eine seiner Hauptaufgaben in der Be- und Überwachung der Formalien und ist er vor allem bestrebt, eine formell richtige Entscheidung zu treffen, ohne Rücksicht auf Billigkeitserwägungen. Er darf so z. B. den Zuschlag nicht versagen, wenn er der Meinung ist, das Grundstück gehe zu einem Schleuderpreise weg. Er hat keinen Einfluß auf die Bildung des geringsten Gebotes und auf die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen. Gewiß ist seine Stellung nach Einführung der Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsnotrechts und der Durchführung der AllgVfg. v. 3. Jan. 1935 etwas freier geworden. Das richterliche Ermessen findet wieder Beachtung. Der Versteigerungsrichter gewinnt in gewisser Hinsicht, vor allem in den Fragen der Einstellung des Verfahrens, einen Einfluß auf die Gestaltung des Verfahrens. Dies alles bezieht sich jedoch nur auf einen beschränkten Verfahrensabschnitt.

Und dann ein zweiter Punkt: das sind die starren Formvorschriften, die den Versteigerungsrichter zwingen, vielfach eine lebensfremde Entscheidung zu fällen. Oft geschieht auch eine zu strikte Durchführung der Formvorschriften schon im Hinblick auf die drohende Regreßgefahr. Das Volk hat aber kein Verständnis dafür — ich habe hierauf schon in DNotZ. 1933, 336/37 hingewiesen —, wenn gewisse Zustellungsmängel nicht geheilt werden können, wenn z. B. der Zuschlag versagt werden muß, weil die Zustellung des Anordnungsbeschlusses nicht im Geschäftslokal des Schuldners, sondern in der danebenliegenden Privatwohnung an eine zufällig dort befindliche Büroangestellte erfolgt ist, oder wenn die Beglaubigung der zuzustellenden Abschrift des Schuldtitels nicht durch den Anwalt, der die Zustellung betreibt, geschehen ist, sondern durch einen anderen Anwalt (KG. v. 12. Juli 1933, 12 W 6084/33) oder wenn z. B. statt der beglaubigten eine einfache Abschrift des Schuldtitels zugestellt wird (KG. v. 24. Aug. 1933, 12 W 10755/33).

Der 12. ZivSen. des KG. hatte schon in einer Entsch. v. 22. Dez. 1926 (JW. 1927, 528) darauf hingewiesen, daß „den bei der Vielgestaltigkeit der neuen Lebensformen neu entwickelten Anschauungen und Bedürfnissen des Verkehrs und des Lebens Rechnung zu tragen ist, und daß ein starres Festhalten an den in der früheren Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, eine zu enge Auslegung der im Gesetz niedergelegten Formalerfordernisse unter Umständen bei fortschreitender Rechtsentwicklung dahin führen kann, daß die Entscheidung nicht mehr als ein billiger und richtiger Ausgleich der widerstrebenden Interessen der Parteien angesehen wird". Damals handelte es sich um die Frage der Zulässigkeit der Berufung in dem Fall, daß die Berufungsschrift von dem Anwalt versehentlich nicht eigenhändig unterschrieben, sondern mit einem „Faksimilestempel" des Anwalts versehen war. Im Gegensatz zu der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wurde die Frage der Zulässigkeit des Rechtsmittels bejaht (vgl. die spätere Entscheidung des RG.: JW. 1928, 106 und JW. 1929, 96 und Anm. von Jonas S. 97).

B. Der Entwurf der Arbeitsgemeinschaft des BNSDJ.

Der überaus starre Formalismus des ZwVerstG. hat die vom BNSDJ. eingesetzte Arbeitsgemeinschaft (Leiter: AGR. Dr. Riehle) veranlaßt, in eine Nachprüfung einzutreten, inwieweit das jetzt noch geltende Zwangsversteigerungsverfahren abänderungsbedürftig ist. In einem Entwurf sind die Richtlinien für ein neues ZwVerstG. niedergelegt. Die Hauptgrundgedanken mögen kurz dahin formuliert werden:

1. Es muß ein Verfahren geschaffen werden, bei dem die Lebensnotwendigkeiten des Grundstücks ebenso berücksichtigt werden müssen wie die Belange des Gläubigers und des Schuldners, ein Verfahren, das dem Gläubiger die höchstmöglichste Befriedigung gewährt, dem Schuldner dagegen den geringmöglichsten Schaden bringt.

2. Nur der pflegsame, bodenverbundene Eigentümer soll geschützt werden. Deshalb die Pflicht des im Auslande lebenden Eigentümers, einen Grundstücksvertreter zu bestellen.

3. Die Auswahl des Vollstreckungsmittels darf nicht dem Vollstreckungsgläubiger überlassen werden. Vollstreckungsmittel und -ziel müssen miteinander in Einklang stehen. Es wird deshalb ein sog. Prüfungsverfahren vorgeschlagen — ein Gedanke, der zum Teil schon in der AllgVfg. v. 3. Jan. 1935 (DJ. 1935, 45) seinen Niederschlag gefunden hat. Die Zwangsverwaltung als Mittel der Ertragsvollstreckung tritt dann an die erste Stelle, sie ist mehr als bisher nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführen. Die Zwangsversteigerung ist die ultima ratio.

4. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn man dem Richter Gelegenheit gibt, auf das Verfahren selbst Einfluß zu gewinnen, insbesondere auf die Bildung des geringsten Gebotes und Festsetzung der Versteigerungsbedingungen. Er muß z. B. von Amts wegen den Zuschlag versagen dürfen, wenn er der Überzeugung ist, bei dem abgegebenen Meistgebot würde das Grundstück verschleudert werden. Die Formalien sind auf ein beschränktes Maß zurückzuführen; eine Heilung von Formmängeln ist im weitgehendsten Maße zuzulassen — z. B. durch entsprechende Anwendung der in den §§ 187, 295 ZPO. enthaltenen Rechtsgedanken —. Eine Formverletzung darf nur beim Vorliegen eines erheblichen Schadens beachtlich sein.

C. Die Überwindung der Form. Lebensnahes Recht, Beispiele aus der Praxis

Heute haben wir es mit dem geltenden Recht zu tun. Aufgabe des heutigen Richters ist es, durch Rechtsfindung im Geiste der Gemeinschaft zu wirken und zu seinem Teil an ihr mitzuarbeiten. Maßgebend muß immer der Inhalt der richterlichen Entscheidung sein, niemals die Form. Das Formale darf nie zur Erstarrung führen. Es fragt sich: Wie kann der Versteigerungsrichter trotz des streng formalen Charakters des geltenden ZwVerstG. es vermeiden, in seinen Entscheidungen zu sehr formalen Gedankengängen nachzugehen und zu einem Spruch zu kommen, der wirklichkeitsfremdes Recht zum Gegenstand hat?

1. Auch für den Versteigerungsrichter gilt der Satz, daß er an bestehende Gesetzesvorschriften gebunden ist, mag er auch hierbei zuweilen zu einem Ergebnis gelangen, das sachlich nicht gerechtfertigt erscheint und das mit dem Volksempfinden nicht in Einklang steht. Er kann z. B. nicht den Zuschlag versagen, wenn er der Meinung ist, das Grundstück würde verschleudert. Andererseits hat er bei Auslegung einer Bestimmung des ZwVerstG. zu berücksichtigen, daß der damalige Gesetzgeber in vielen Fällen nicht an Fragen gedacht hat, die jetzt eine große Rolle spielen.

2. Der heutige Zwangsversteigerungsrichter wird oftmals vor die Frage gestellt: Wie kann ich z. B. mit Erfolg einem Antrage entgegentreten, von dem ich von vornherein weiß, daß er lediglich das Ziel hat, das Verfahren zu sabotieren und zu verschleppen? Der Gesetzgeber des ZwVerstG. brauchte sich mit diesen Problemen an sich nicht zu befassen. Und doch spielen sie in der heutigen Praxis eine große Rolle. Fehlt es doch auf diesem Gebiete nicht an gewissen Spezialisten, die jede Lücke im Gesetz und jede Formverletzung ausnützen, um schließlich das Verfahren zu Fall zu bringen. Es sei in diesem Zusammenhang die in JW. 1934, 2633 wiedergegebene Entscheidung des KG. erwähnt, wo ein nach Schluß der Versteigerung, aber kurz vor Schluß der Verhandlung über das Versteigerungsergebnis vom Schuldner überreichtes Schriftstück inhaltlich so gefaßt war, daß der Richter und die Beteiligten in den Glauben versetzt wurden, es läge ein neuer Einstellungsantrag vor. In Wirklichkeit sollte es sich nach der Angabe des Schuldners um einen Antrag aus § 85 ZwVerstG. handeln. Das KG. hat sich damals auf den Standpunkt gestellt, der Antrag habe eine Täuschung des Versteigerungsrichters und der Beteiligten bezweckt, die deutschen Gerichte seien nicht dazu da, derartigen Machinationen Vorschub zu leisten, und hat demgemäß die Zuschlagsbeschwerde des Schuldners für unbegründet erachtet. Diese Entscheidung des 12. ZivSen. hat die Wirkung gehabt, daß Versuche böswilliger Schuldner, auf dem geschilderten Weg das Verfahren zu sabotieren — der „Trick" ist sehr oft angewandt worden —, in der Folgezeit fast gänzlich unterblieben sind.

In besonders kraß liegenden Fällen wird der Richter die von vornherein den Stempel der Verschleppungsabsicht tragenden Anträge des Schuldners zurückweisen können. Es bedarf dann aber der Beschluß einer eingehenden Begründung. (KG. v. 16. März 1932, 12 W 13391/31: DNotZ. 1932, 346; in dieser Entscheidung ist andererseits ausgeführt, daß grundsätzlich ein Antrag, Zahlungsfristen als Versteigerungsbedingungen festzusetzen, nicht deshalb zurückgewiesen werden kann, weil er erst *nach* der Aufforderung zur Abgabe der Gebote gestellt worden ist.)

In vielen Fällen, wo eine auf Verletzung der Formvorschriften gestützte und an sich auch begründete Zuschlagsbeschwerde vorliegt, wird der § 84 ZwVerstG. dem Beschwerdegericht Gelegenheit geben, den Zuschlagsbeschluß aufrechtzuerhalten. Dieser Paragraph hat in der Rechtsprechung des Senats eine ausdehnende Auslegung erfahren. Es genügt, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme gegeben sind, das Meistgebot würde bei anderer Bildung des geringsten Gebotes geringer ausfallen, oder ein Gebot würde überhaupt nicht abgegeben sein. Es muß — mit anderen Worten gesagt — der Nachteil mit der unrichtigen Festsetzung des geringsten Gebotes in ursächlichem Zusammenhang stehen. So hat z. B. der Senat in einer Entscheidung JW. 1933, 1899 in einem Fall den § 84 ZwVerstG. angewandt, obwohl bei einem Meistgebot von über 400 000 *RM* das geringste Gebot eigentlich ungefähr 20 000 *RM* hätte höher sein müssen.

Ich erinnere ferner in diesem Zusammenhang an das Ablösungsrecht nach den §§ 258 und 1150 BGB.: Ein Grundstückseigentümer hat noch während des Verfahrens an letzter Stelle eine Hypothek für einen guten Freund eintragen lassen, und dieser löst während des Verfahrens, und zwar in der Zeit zwischen Versteigerungs- und Zuschlagstermin, Steuern oder Hypothekenzinsen ab. Dadurch wird unter Umständen das geringste Gebot unrichtig, und auf diese Weise die Versagung des Zuschlages erreicht. Nach Ansicht des Senats ist einmal der § 1150 BGB. bei der Ablösung von Steuerforderungen gar nicht anwendbar (12 U 52/35 v. 28. März 1935: JW. 1935, 2155). In mehreren Fällen ist auch der Tatbestand des § 268 BGB. nicht für vorliegend erachtet worden, wenn die Hypothek des guten Freundes an einer so rangschlechten Stelle stand, daß der Gläubiger von vornherein durch die Zwangsversteigerung überhaupt kein eigentliches „Recht" an dem Grundstück verlieren konnte. In einem dieser Urteile hat der Senat ausgesprochen, daß die Bestimmungen des Vollstreckungsrechts im Sinne unseres heutigen Rechtsdenkens auszulegen sind, daß insoweit auch der Richter eine rechtsschöpferische Tätigkeit ausübt. Das gleiche gilt auch von den Vorschriften des ZwVerstG., soweit diese auslegungsfähig sind.

3. Vielfach können die entsprechenden Bestimmungen des BGB. und der ZPO. herangezogen werden.

a) Was das BGB. anbelangt, so sei hier zunächst der § 133 erwähnt. Dem Senat lagen u. a. folgende Fälle vor:

Ein Rechtsanwalt überreicht im Beschwerdeverfahren eine allgemein gehaltene Vollmacht. Auf ihr steht das Aktenzeichen des Beschwerdegerichts. Als später die Sache an das AG. zurückgelangt, erfolgen die Zustellungen an die Partei selbst, da nach Ansicht des Versteigerungsrichters die Vollmacht sich *nur* auf das Beschwerdeverfahren bezogen hat. Der Senat war anderer Ansicht.

Oder: Es ist für einen minderjährigen Sohn eine Hypothek eingetragen. Der gesetzliche Vertreter legt Beschwerde ein, ohne jedoch zu sagen, ob als gesetzlicher Vertreter oder ob

im eigenen Namen. Im Zweifel ist das erstere anzunehmen, da sonst keine Beschwerdeberechtigung vorliegt.

Oder: Z. B. jemand hat Beschwerde eingelegt gegen die Terminsanberaumung. Diese Beschwerde ist an sich unzulässig, dann aber zulässig, wenn man sie als Beschwerde gegen die Fortsetzung des Verfahrens auffaßt.

Oder: Es wird gegen den Zuschlag Beschwerde eingelegt zu Protokoll des Zwangsversteigerungsrichters. Es wirkt für den Beschwerdeführer befremdlich, wenn das LG. diese Beschwerde unter Bezugnahme auf eine alte in GruchBeitr. 38, 175 veröffentlichte Entscheidung des RG. als unzulässig verwirft.

Wenn z. B. in dem Protokoll über die Verkündung des Zuschlags der vorgedruckte Vermerk durchstrichen ist „Es wurde anliegender Beschluß verkündet", wenn aber andererseits der Versteigerungsrichter in einer Verfügung zum Ausdruck gebracht hat, es solle der Beschluß nur den Beteiligten zugestellt werden, die nicht im Termin gewesen sind, so geht daraus hervor, daß der Beschluß tatsächlich verkündet worden ist, und daß lediglich ein Versehen des Versteigerungsrichters vorliegt, das nach § 319 ZPO. dann berichtigt werden kann.

Oder: Es geht, nachdem das LG. entschieden hat, noch ein Schriftsatz des Beschwerdeführers ein. Dieser Schriftsatz ist zu berücksichtigen, bevor der Beschluß vollzogen der Geschäftsstelle zur Zustellung gegeben ist. Sonst wird eine weitere Beschwerde Erfolg haben, die darauf gestützt ist, das rechtliche Gehör sei dem Beschwerdeführer versagt worden, ebenso, wie dies z. B. auch dann der Fall ist, wenn das LG. als Beschwerdegericht eine Beweisaufnahme vorgenommen hat, dem Beschwerdeführer aber keine Gelegenheit gegeben hat, zu dieser Beweisaufnahme Stellung zu nehmen.

Vielfach wird eine Zuschlagsbeschwerde auch auf Verletzung des § 63 ZwVerstG. gestützt. Es steht dann z. B. im Protokoll: „Da die in § 63 Abs. 5 ZwVerstG. aufgeführten Beteiligten zustimmen, soll das Grundstück zu einem Gesamtausgebot versteigert werden." Der Beschwerdeführer meint, es fehle ja der Antrag, der nach § 63 Abs. 2 notwendig sei. Ein solcher Antrag erübrigt sich aber, wenn die in § 63 Abs. 5 genannten Beteiligten dem Gesamtausgebot zustimmen offenbar in der Annahme, nur in diesem Falle lasse sich ein angemessenes Ergebnis erzielen, so daß also die Regel — Einzelausgebot — nicht zur Anwendung kommt.

Auch der § 242 BGB. hat für den Versteigerungsrichter eine gewisse Bedeutung erlangt. Z. B. im Verteilungstermin verlangt ein Gläubiger zu hohe Zinsen. Ein solcher Gläubiger verstößt gegen die jetzt herrschende allgemeine Rechtsauffassung und gegen die Bestrebungen der Reichsregierung, die auf eine Herabsetzung des Zinsfußes hindrängen. Das Verlangen des Gläubigers ist daher eine Verletzung des § 242. Diese Bestimmung gibt daher dem Richter unter Umständen die Möglichkeit, den Zinssatz auf das angemessene Maß herabzusetzen. Man vermeidet dann die Schwierigkeit des Nachweises eines Wuchertatbestandes (§ 138 Abs. 2 BGB.) und die etwaigen sich aus der Nichtigkeit ergebenden schwerwiegenden Rechtsfolgen. Es bedarf dann auch nicht der Prüfung der Frage, ob nicht vielleicht der in der Rechtsprechung zu § 4 PreistrVO. von 1918, § 49a MietSchG. entwickelte Rechtsgedanke, wonach nur die Überschreitung der zulässigen Höchstgrenze unverbindlich ist, entsprechend zur Anwendung kommen kann. Auch der Versteigerungsrichter wird im Teilungstermin eine solche Herabsetzung vornehmen können, wenn der angemessene Zinssatz nach Rücksprache mit den Beteiligten sich ohne weiteres bestimmen läßt und andererseits der Hinweis auf die maßgebende nationalsozialistische Auffassung den Gläubiger nicht zu einer Aufgabe seines Standpunkts veranlaßt.

In einem anderen Fall — es handelt sich um die Bestellung eines Zustellungsvertreters — konnte die analoge Anwendung des in den §§ 672, 168 BGB. niedergelegten Rechtsgrundsatzes zu einer Entscheidung führen, die m. E. dem Volksempfinden mehr entsprach als wie die Entscheidung der Vorinstanz (DNotZ. 1932, 341 v. 9. März 1932, 12 W 11846/31; vgl. auch JW. 1933, 1344 12 W 12447/32): Der Eigentümer des Grundstücks war unbekannten Aufenthalts. Zunächst wurden die Beschlüsse öffentlich zugestellt, sodann erfolgte die Bestellung eines Zustellungsvertreters, dem der Zuschlagsbeschluß zugestellt wurde. Der Zuschlag wurde rechtskräftig. Nach der Verteilung des Erlöses und Beendigung des Verfahrens wurde das Grundstück niedergerissen. Es entstand ein Neubau. Nach zwei Jahren kam der Sohn des Schuldners aus Amerika und sagte: „Ich lege Beschwerde ein gegen den Zuschlagsbeschluß, denn der Schuldner war schon zur Zeit der Einleitung der Zwangsversteigerung verstorben." Dies traf zu. Das LG. hat den Zuschlag versagt. Der 12. ZivSen. des KG. hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Zustellungsvertreter gleichzeitig die etwaigen Erben mitvertrat. Denn er war u. a. auch bestellt, weil es ungewiß war, ob der unbekannte Eigentümer überhaupt noch lebte, mag auch dieser Bestellungsgrund in dem Beschluß nicht zum Ausdruck gekommen sein. Somit war der Beschwerdeführer in dem Verfahren ordnungsmäßig vertreten gewesen und seine außerordentliche Beschwerde aus § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO. unbegründet.

b) Was die entsprechende Anwendung von Bestimmungen der ZPO. anbetrifft, so bereitet vielfach der § 56 ZPO. den Zwangsversteigerungsrichtern Kopfschmerzen. Z. B. ein Schuldner, der sonst seinen geschäftlichen Angelegenheiten nachgehen kann, wird, als ihm der Anordnungsbeschluß zugestellt wird, ohnmächtig und bekommt Krämpfe, wenigstens bezeugt dies die Ehefrau. Die Zuschlagsbeschwerde wird darauf gestützt, der Schuldner sei im Zeitpunkt der Zustellung geschäftsunfähig gewesen. Das Beschwerdegericht gibt dem Gläubiger auf, dem als Sachverständigen hinzugezogenen Gerichtsarzt die für sein Gutachten erforderlichen Unterlagen zu beschaffen. Der Gläubiger ist dazu nicht in der Lage. Infolgedessen wird der Zuschlag versagt. Demgegenüber hat der 12. ZivSen. des KG. sich dahin ausgelassen: die Prozeßfähigkeit sei an sich auch im Zwangsversteigerungsverfahren von Amts wegen zu prüfen, aber die Partei, die Rechte aus der Geschäftsunfähigkeit herleite, müsse die tatsächlichen Unterlagen dem Gericht verschaffen. Diese Partei sei aber hier der Schuldner und nicht der betreibende Gläubiger (JW. 1934, 2494 v. 6. Juni 1934, 12 W 4053/33 und 12 W 6931/32 v. 2. Nov. 1932).

Auch der § 148 ZPO. kann zur Anwendung kommen. So z. B. in den Fällen, wo während des Zwangsversteigerungsverfahrens ein Verfahren beim AnerbG. anhängig gemacht worden ist, welches die Erklärung des Grundstückes zum Erbhof zum Gegenstand hat. In einem solchen Falle kann von der Befugnis des § 148 ZPO. Gebrauch gemacht werden (JW. 1934, 2267 v. 6. Juni 1934, 12 W 3753/34). Abgesehen von der rechtlichen Zulässigkeit waren hier auch Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend, da ja das Zwangsversteigerungsverfahren gegenstandslos wird, wenn in dem anderen Verfahren dem Antrag des Schuldners stattgegeben wird.

Die Anwendung des § 227 ZPO. ist der Gegenstand vieler Anfragen der Amtsgerichte. Grundsätzlich ist gegen eine entsprechende Anwendung dieses Paragraphen kein Bedenken zu erheben, wie ja schon das RG. (RGZ. 125, 299 = JW. 1929, 330) erklärt hat. Die Bestimmung hat aber in heutiger Zeit eine viel größere Bedeutung erlangt, als damals im Jahre 1929, wo die RGEntscheidung erging. Das Gesetz v. 13. Dez. 1934 gibt nur in wenigen Fällen die Möglichkeit, einer Verschleuderung des Grundstücks vorzubeugen. Der § 1 der NotVO. läßt es nur zu, unter gewissen Voraussetzungen den Zuschlag zu versagen. Der § 227 wird nur in ganz besonderen Ausnahmefällen Platz greifen; er kann z. B. dann in Frage kommen, wenn der Versteigerungsrichter die Überzeugung gewinnt, daß das Meistgebot ein „außergewöhnlich unangemessenes, dem Rechtsempfinden widersprechendes Schleuderangebot" (Riehle: DJ. 1935, 254; Deutsche Hausbesitzer-Zeitung 1935, 293) ist. Wenn in der Praxis von dieser Möglichkeit, der Verschleuderung von Grundstücken vorzubeugen, wenig Gebrauch gemacht wird, so beruht dies z. T. darauf, daß die Feststellung der „erheblichen Gründe" für die Vertagung nach § 227 a. a. O. sich im Versteigerungstermin zuweilen schwer treffen läßt, andererseits das „Damoklesschwert" des Regresses dem Richter vorschwebt. Auf jeden Fall kann nach Schluß

der Versteigerung (§ 73 ZwVerstG.) die Prüfung der Anwendbarkeit des § 227 ZPO. nicht mehr vorgenommen werden, da dann der § 33 ZwVerstG. Platz greift.

Es sei sodann auf den § 270 ZPO. hingewiesen. Inwiefern hat das Beschwerdegericht neue Tatsachen zu berücksichtigen? Hier steht zur Nachprüfung die Frage, ob der Versteigerungsrichter über den zur Zeit seiner Entscheidung vorliegenden Tatbestand richtig und vollständig entschieden hat. War z. B. die Entscheidung über den Zuschlag richtig, so kann sie nicht auf Grund nachträglichen Vorbringens für unrichtig erklärt werden. Die Beschwerde kann also nicht auf Vorgänge gestützt werden, die beim Vollstreckungsgericht deswegen keine Berücksichtigung finden konnten, weil sie erst nach Erlaß der Entscheidung des Versteigerungsrichters vorgebracht worden sind. In vielen Fällen wird somit die Beschwerdekammer eine Entscheidung fällen müssen, die dem Volksempfinden nicht zu entsprechen scheint, aber positive Gesetzesbestimmungen hindern das Gericht an einer anderen Entscheidung. Wichtig ist vor allem hier der schon erwähnte § 33 ZwVerstG. Wenn nach Schluß der Versteigerung z. B. die Rücknahme des Antrags erfolgt oder die Befriedigung des Gläubigers, so muß der Zuschlag versagt werden. Das gleiche gilt von einer Zahlung zwischen dem Versteigerungstermin und dem Verkündungstermin. Aus § 33 folgt, daß spätere Zahlungen unberücksichtigt bleiben müssen.

Der § 37 Ziff. 5 ZwVerstG. spricht ganz deutlich aus, daß die Geltendmachung eines der Versteigerung entgegenstehenden Rechts nur bis zur Erteilung des Zuschlags zulässig ist, also auf dem Beschwerdewege nicht nachgeholt werden kann.

Der § 71 Abs. 2 ZwVerstG. verlangt den sofortigen Nachweis der Vertretungsmacht. Auf eine Nachbringung des Nachweises kann das Beschwerdegericht sich nicht einlassen, da es sonst an den erforderlichen Grundlagen für den Zuschlag fehlt. Ein unwirksames Gebot wird daher nicht dadurch wirksam, daß im zweiten Rechtszuge der fehlende Nachweis erbracht wird.

Von besonderer Bedeutung ist auch der § 80 ZwVerstG. Wenn eine der Zuschlagserteilung zugrunde gelegte Erklärung oder ein sonstiger Vorgang nicht aus dem Protokoll hervorgeht, dann kann dies nicht mehr nachgeholt werden.

Wenn der § 81 Abs. 2 ZwVerstG. davon spricht, nachträglich könne durch öffentlich beglaubigte Urkunden die Abtretung des Meistgebots nachgewiesen werden, so ist die zeitliche Grenze für die Beibringung dieses Nachweises die Verkündung des Zuschlages. In einem späteren Zeitpunkte kann der Nachweis nicht erbracht werden, weil nach §§ 89, 90 ZwVerstG. bereits mit der Verkündung des Zuschlags das Eigentum auf den Ersteher übergeht.

Vor allem sind aber die Beschwerdegründe im § 83 ZwVerstG. genau umgrenzt. Diese müssen schon zur Zeit der Entscheidung des Versteigerungsrichters bestanden haben.

Da Einstellungsbeschlüsse keine rückwirkende Kraft haben, die bisherigen Vollstreckungshandlungen, also auch z. B. die Erteilung des Zuschlags, unberührt bleiben, so ist es unerheblich, ob der Schuldner nach Erteilung des Zuschlags beim Prozeßgericht eine einstweilige Einstellung erwirkt und dann den betreffenden Beschluß beim Beschwerdegericht vorlegt (12 W 7180/34 v. 10. Nov. 1934).

4. In vielen Fällen kommt man zu einem praktischen Ergebnis, wenn man die Formvorschriften nicht zu sehr überspannt. Eine aktuelle Streitfrage ist z. B. die, ob im Versteigerungstermin, und zwar schon vor Abgabe der Gebote, ein Gläubiger auf das Antragsrecht aus § 1 der NotVO. verzichten kann. Der 12. ZivSen. des KG. hat die Frage bejaht (JW. 1935, 2655), obwohl insofern formaljuristische Bedenken dagegen erhoben werden konnten, als man auf ein Antragsrecht erst dann verzichten kann, wenn man das Antragsrecht hat, und dies ist bei dem Antragsrecht aus § 1 erst beim Vorliegen eines Meistgebots der Fall. Der Senat hat ausgesprochen, ein solcher Verzicht sei wirksam auch für die Zukunft, also auch für den zweiten Termin, sei unwiderruflich und unanfechtbar.

Ich erinnere in diesem Zusammenhang nochmals an den § 33 ZwVerstG. Der Wortlaut des Gesetzes läßt die Deutung zu, daß die Beschwerdekammer an sich die Beschwerde zurückweisen könnte, wenn es einen Grund für die Einstellung nicht als gegeben ansieht. Die Praxis der Beschwerdegerichte hat sich aber dem Standpunkt des Senats angeschlossen, wonach für eine solche Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluß kein Raum mehr ist, sobald die Verhandlung geschlossen und inzwischen der Zuschlag erteilt ist (JW. 1932, 188 v. 26. Juni 1931, 12 W 6091/31; JW. 1933, 1899 v. 25. Jan. 1933, 12 W 12001/32).

5. Auf der anderen Seite habe ich schon darauf hingewiesen, daß gewisse Grundsätze des formellen Rechts und zwar des allgemeinen Vollstreckungsrechts einzuhalten sind, und zwar schon mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die etwa in der Zwischenzeit wohlerworbenen Rechte Dritter.

Es ist nicht möglich, den einmal erwachsenen Versagungsgrund beim Zuschlag dadurch zu beseitigen, daß man die versäumte Zustellung nachholt. Auch im Immobiliarrecht kann eine einmal aufgehobene Zwangsversteigerungsbeschlagnahme im Beschwerdewege nicht wiederhergestellt werden. Hat das AG. zu Unrecht aufgehoben, muß es hierbei sein Bewenden haben. Das Beschwerdegericht ist nur in der Lage, von sich aus eine neue Beschlagnahme anzuordnen oder das AG. anzuweisen, es zu tun.

Die Frage, ob zur Zeit der Zulassung des Beitritts schon eine ordnungsmäßige Zustellung vorliegen muß, ist zu bejahen (JW. 1932, 1155 v. 7. Dez. 1931, 12 W 11067/31; vgl. auch JW. 1932, 3201/02). Die entgegenstehende Ansicht führt zu unhaltbaren und im Interesse der Verkehrssicherheit nicht wünschenswerten Ergebnissen. Man denke nur an den Fall, daß in der Zwischenzeit nach Zulassung des Beitritts, aber vor Zustellung des Titels, das Grundstück anderweitig verkauft oder Zubehörstücke veräußert werden.

In diesem Zusammenhang sei die strittige Frage erwähnt, ob das Antragsrecht aus § 1 der NotVO. v. 26. Mai 1933 noch im Verkündungstermin geltend gemacht werden kann. Im Gegensatz zum LG. Berlin ist dies verneint worden, da die Verhandlung bereits als geschlossen anzusehen und der § 74 (Anhörung der Beteiligten über den Zuschlag) sonst überflüssig ist (12 W 1828/35 v. 9. Mai 1935, 12 W 7441/34).

D. Rechtsschöpferische Tätigkeit des Versteigerungsrichters bei Auslegung von Bestimmungen des Versteigerungsrechts

1. Die NotVO. v. 26. Mai 1933

Ist der Zuschlag auf Grund des § 1 versagt worden, so beginnt die Beschwerdefrist in entsprechender Anwendung des § 98 ZwVerstG. mit der Verkündung des Beschlusses, nicht mit der Zustellung (§ 793 ZPO.). Denn die Versagungsgründe sind in den §§ 83, 85 ZwVerstG. nicht ausschließlich geregelt (12 W 4675/35 v. 8. Aug. 1935).

Die Frage ist sodann vorgelegt worden: Kann der Schuldner erneut den Antrag aus § 5 stellen, wenn schon vorher sein Antrag rechtskräftig abgelehnt war?

M. E. ist dies nur dann zulässig, wenn neue Tatsachen vorgebracht werden, denn die Beschlüsse aus § 5 werden in § 79 nicht mitumfaßt, wonach das Gericht bei der Beschlußfassung über den Zuschlag an seine frühere Entscheidung nicht gebunden ist. Eine Nachprüfung des die Einstellung ablehnenden rechtskräftigen Beschlusses ist sowohl nach der tatsächlichen als auch nach der rechtlichen Seite ausgeschlossen. Denn es heißt ja in § 5, daß der Versteigerungstermin erst anberaumt werden soll, wenn eine rechtskräftige Entscheidung über die Einstellung vorliegt.

Es ist wohl kein Bedenken dagegen zu erheben, wenn der Versteigerungsrichter im Einstellungsbeschluß dem Schuldner eine Auflage macht, die eine Teilzahlung auf das Kapital zum Gegenstand hat. Zwar spricht der Gesetzgeber im § 5 Abs. 4 lediglich von Zahlungen auf Rückstände wiederkehrender Leistungen. Aber die NotVO. als Schutzvorschrift des Schuldners ist ihrer ganzen Tendenz nach im weitesten Sinne

auszulegen. Immerhin muß aber in dem betreffenden Falle die Vollstreckung wegen des Kapitals eingeleitet worden sein.

In diesem Zusammenhang mag die Frage zu behandeln sein, ob der § 5 auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit auf rein persönliche Verhältnisse, z. B. unverschuldete Krankheit, zurückzuführen ist. Eine solche Auslegung scheint insofern mit dem Willen des Gesetzgebers nicht im Einklang zu stehen, als der Abs. 1 des § 5 als Generalklausel ausdrücklich von der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung spricht und in Abs. 2 nur Beispiele gibt. Hier ist u. a. die Arbeitslosigkeit erwähnt. Krankheit wird vielfach auch zur Arbeitslosigkeit führen. In einem solchen Falle kann unverschuldete Krankheit auch als Einstellungsgrund herangezogen werden. Es gibt aber auch Fälle, wo eine solche Krankheit nicht einen Rückgang des Arbeitseinkommens herbeiführt, sondern lediglich erhebliche Ausgaben verursacht, die den Eigentümer in Schulden geraten lassen. Hier fehlt wohl jeder Zusammenhang mit der Arbeitslosigkeit und damit auch mit der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung.

Eine andere Frage: Kann sich auch der sogenannte wirtschaftliche Eigentümer auf den Schutz des § 5 berufen; z. B. der Käufer eines Grundstückes, der das Grundstück aufgelassen erhalten hat, auch schon die Lasten trägt, dessen Eintragung aber bisher unterblieben ist (z. B. wegen Nichtzahlung der Grunderwerbsteuer). Der 12. ZivSen. des KG. hat in einem Fall sich auf den Standpunkt gestellt, daß z. B. ein Zuschlagsbeschluß nicht gegen den wirtschaftlichen Eigentümer zu vollstrecken ist. Folgerichtigerweise müßte er die oben gestellte Frage verneinen. Eine Entscheidung selbst liegt aber nicht vor. Wenn im früheren Notrecht dem wirtschaftlichen Eigentümer als dem nicht eingetragenen Eigenbesitzer kein Vollstreckungsschutz gewährt wurde, so lag dies in der fehlenden Antragsbefugnis eines solchen Schuldners. Jetzt hat der Versteigerungsrichter die Prüfung von Amts wegen vorzunehmen. Vor allem steht die Frage der Sanierungsfähigkeit des Grundstücks in dem Vordergrund. Diese Erwägungen sprechen für eine weitgehende Auslegung des § 5 auch in dem Sinne einer Bejahung der obigen Frage, wie sie z. B. auch von Jonas, Notrecht S. 49/50 befürwortet wird.

Nach § 6 Abs. 3 der NotVO. ist eine weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung über die Einstellung unzulässig. Diesen Rechtsgedanken hat der Senat auch ausgedehnt auf den Fall, daß die Zuschlagsbeschwerde darauf gestützt ist, die Einstellungsfrage sei unrichtig behandelt worden (JW. 1935, 2160 vom 9. Jan. 1935, 12 W 8906/34). In einem solchen Fall ist die weitere Beschwerde unbegründet, denn der Gesetzgeber wollte nur zwei Tatsacheninstanzen schaffen, wenn es sich um die Einstellung handelt. Dieser Zweck würde aber vereitelt werden, wenn man auf dem Umweg über die Zuschlagsbeschwerde zu einer Nachprüfung der Einstellungsfrage in einer dritten Instanz gelangen würde.

2. Das Gesetz v. 13. Dez. 1934

Zunächst die Frage: „Kann die Entscheidung auf Grund des Gesetzes v. 13. Dez. 1934 von Amts wegen oder nur auf Antrag abgeändert werden?"

Das Gesetz ist auf dem Antragsgrundsatz aufgebaut, mag auch der letzte Absatz dies nicht besonders hervorheben. Es würde eine Inkonsequenz des Gesetzgebers bedeuten, wenn der Zwangsversteigerungsrichter von sich aus von Amts wegen den auf Grund eines Antrages erlassenen früheren Beschluß aufheben könnte. Es liegt vor allem auch kein Bedürfnis zu einer solchen Auslegung des Gesetzes vor. Steht es doch dem Richter frei, im gegebenen Fall von sich aus den Schuldner zu veranlassen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Es mag nicht unerwähnt bleiben, daß im Falle der Bejahung der gestellten Frage die Gefahr eines Regresses in greifbare Nähe gerückt ist.

Es ist richtig, daß das Gesetz über die Kostenentscheidung nichts enthält. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 21 der NotVO. v. 26. Mai 1933 bestehen Bedenken. Denn das Gesetz v. 13. Dez. 1934 ist kein Notrecht, sondern eine allgemeine Bestimmung des Zwangsvollstreckungsrechtes. Der Antrag des Schuldners auf Grund dieses Gesetzes ist als „Erinnerung" aufzufassen. Daraus ergibt sich die Gebührenfreiheit hinsichtlich der Gerichtskosten. Bedient der Schuldner sich eines Anwalts, so hat er für die erste Instanz die Kosten selbst zu tragen. Wird dem Antrage stattgegeben, trägt der Gläubiger die außergerichtlichen Kosten, denn er ist ja gehört worden. In zweiter Instanz besteht die Möglichkeit, die außergerichtlichen Kosten auf einen hinzugezogenen Beschwerdegegner abzuwälzen.

Die weiterhin gestellte Frage: „Kann noch im zweiten Versteigerungstermin der Antrag auf Grund des Gesetzes v. 13. Dez. 1934 gestellt werden?" ist wohl zu bejahen. Dies Gesetz findet, wie wohl nicht mehr bestritten wird, auch auf die Zwangsversteigerung Anwendung. Es gibt den Richtern viele Möglichkeiten in die Hand, um der Vollstreckung Einhalt zu gebieten. Es ist daher z. B. möglich, daß, wenn die sonstigen Voraussetzungen vorliegen, der Versteigerungsrichter auf Grund dieses Gesetzes den zweiten Termin vertagt.

Es sei schließlich noch geprüft, ob das Vollstreckungsgericht das Armenrecht gewähren kann. Hierzu ist zu sagen: Der in Schrifttum (u. a. JW. 1935, 484) und Rechtsprechung zuweilen vertretenen Ansicht, für die Bewilligung des Armenrechtes sei ausschließlich das Prozeßgericht zuständig, und zwar mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 118 ZPO., ist m. E. nicht zu folgen. Da in den meisten Fällen bereits schon im Prozeß das Armenrecht auch für die Zwangsvollstreckung nachgesucht ist, wird es sich hauptsächlich um Fälle handeln, wo z. B. auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde die Zwangsversteigerung betrieben wird. Wenn § 797 Abs. 5 ZPO. davon spricht, daß die Einwendungen gegen eine derartige vollstreckbare Urkunde vom Prozeßgericht zu erledigen sind, so folgt daraus keineswegs, daß das Armenrecht für die Zwangsversteigerung nur beim Prozeßgericht nachgesucht werden kann. Praktisch erscheint es nicht, beide Gerichte, das Prozeßgericht und das Vollstreckungsgericht, nebeneinander für zuständig zu halten, da hierdurch widersprechende Entscheidungen getroffen werden können. Dem Versteigerungsgericht das Recht zur Bewilligung des Armenrechts zu geben, erscheint vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten, denn über die Frage, ob die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, kann der Versteigerungsrichter am besten befinden. Man denke z. B. nur an den Fall, daß ein persönlicher Gläubiger die Versteigerung beantragt und das Grundstück derartig belastet ist, daß an eine Befriedigung nicht zu denken ist.

E. Erörterung einzelner Fragen

Sie betreffen praktische Fälle, die von den Versteigerungsrichtern zur Diskussion gestellt worden sind.

1. Z. B. Eine Sparkasse ist Gläubigerin einer Tilgungshypothek. Sie hat in den früheren Jahren dem Eigentümer den Tilgungssatz ermäßigt oder zum Teil einzelne Tilgungsraten erlassen. Über diese Vereinbarung ist im Grundbuch nichts eingetragen. Die Sparkasse meint, sie könne ihre Forderung bei einer Versteigerung des Grundstücks nach Maßgabe dieser Vereinbarung verrechnen, brauche insbesondere Tilgungsbeiträge früherer Jahre, die der Eigentümer mit ihrer Einwilligung nicht bezahlt habe, nicht als rückständige Leistung anmelden, sondern sei vielmehr berechtigt, ihre ganze noch bestehende Forderung als Hauptforderung geltend zu machen.

Die Frage wird in den meisten Fällen wohl erst aktuell werden, nachdem Widerspruch im Verteilungstermin erhoben ist. Denn der Versteigerungsrichter wird mit Rücksicht auf die Eintragungen im Grundbuch zunächst das ganze Kapital in den Teilungsplan einsetzen, wenn nichts Besonderes angegeben wird. Handelt es sich hier um eine reine Tilgungshypothek im Sinne des Gesetzes v. 27. Sept. 1932, d. h. um eine solche, wo durch planmäßige Tilgungsbeiträge das Kapital abgedeckt wird, so sind diese Tilgungsbeiträge keine Nebenleistungen, da sie nicht neben der Hauptforderung geschuldet werden, sondern dazu bestimmt sind, das Kapital

allmählich zu tilgen. Eine nachträgliche Vereinbarung der Parteien über den Tilgungssatz würde daher nicht der Zustimmung der nachstehenden Gläubiger bedürfen, handelt es sich doch nur um eine Änderung der Zahlungszeit im Sinne des § 1119 Abs. 2 BGB. Soweit die Tilgungsbeiträge bezahlt werden, wird der entsprechende Teil der Hypothek eine Eigentümerhypothek, andernfalls fallen sie unter Ziff. 4 des § 10 ZwVerstG. bzw. unter Nr. 8, sofern sie länger als zwei Jahre rückständig sind. Der Tilgungsbeitrag bleibt rückständig, auch wenn er gestundet ist. Andererseits bedarf eine Ermäßigung des Tilgungssatzes der Eintragung im Grundbuch. An dieser Rechtslage kann durch entgegenstehende schuldrechtliche Vereinbarungen nichts geändert werden, ebensowenig, wie z. B. die Beteiligten vereinbaren können, eine Eigentümergrundschuld oder -hypothek solle nicht entstehen. Wirtschaftlich gesehen ein vielleicht nicht erfreuliches Ergebnis, da das Entgegenkommen der Sparkasse ihr unter Umständen Schaden bringt. Aber die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die ausdrückliche Erwähnung dieser Tilgungsbeiträge in Ziff. 4 des § 10 ZwVerstG. und der in Ziff. 4 und Ziff. 8 gemachte Unterschied lassen m. E. eine andere Lösung nicht zu.

2. Welcher Streitwert ist bei der Zuschlagsbeschwerde maßgebend? Die bekannte Kontroverse zwischen dem 1a und 12. ZivSen. des KG. (JW. 1931, 1761) wird hoffentlich mit dem Inkrafttreten der neuen Reichskostenordnung, also dem 1. April 1936, sein Ende erreichen (§§ 24 Abs. 2, 135 Abs. 2 RKostO.). Der 12. Sen. hält seine bisherige Auffassung nicht nur in Hinblick auf § 18 PrGKG. und seine Entstehungsgeschichte für rechtlich begründet, sondern vor allem für zweckmäßig, da diese Ansicht den Beschwerdegerichten bestimmte Richtlinien gibt. Demgegenüber läßt die Auffassung des 1a Senats, die ja das Interesse des Beschwerdeführers bei der Erteilung des Zuschlags mitberücksichtigt, den Beschwerdegerichten zu weiten Spielraum.

3. Eine andere Frage betrifft den § 94 ZwVerstG.: Ein Grundstück kommt zur Zwangsverwaltung. Gleichzeitig wird eine Verwaltung aus § 94 ZwVerstG. auf Antrag eines Gläubigers eingeleitet. Nachträglich wird vom LG. der Zuschlagsbeschluß aufgehoben. Es stellte sich nun heraus, daß während der Dauer der gerichtlichen Verwaltung nach § 94 Überschüsse sich ergeben haben. Der Versteigerungsrichter will wissen, ob, da die Zwangsverwaltung nach wie vor ihren Fortgang nimmt, die gerichtliche Verwaltung als Teil der Zwangsverwaltung anzusehen ist, daher ein einheitlicher Verteilungsplan aufzustellen ist, oder ob hinsichtlich dieser Überschüsse ein besonderes Verteilungsverfahren für die gerichtliche Verwaltung stattzufinden hat. Hierzu ist zu bemerken: Nach Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses durch das LG. hatte der Versteigerungsrichter die gerichtliche Verwaltung nach § 94 ZwVerstG. aufzuheben. In der Zeit bis zu diesem Augenblick zog der gerichtliche Verwalter die Einnahmen, andererseits mußte er die Zinsen von den stehengebliebenen Hypotheken vom Tage des Zuschlags an bezahlen, ebenso auch für den genannten Zeitraum die Löhne. Bei der Abrechnung war zunächst aus den Überschüssen der etwaige von dem Gläubiger, der den Antrag aus § 94 gestellt hatte, entrichtete Vorschuß zurückzuerstatten. Bleibt dann noch ein Betrag übrig, so kann ihn der Ersteher nicht erhalten, denn er ist ja in Wirklichkeit niemals Eigentümer gewesen. Der Überschuß gebührt vielmehr dem Schuldner bzw. solange die Zwangsverwaltung dauert, dem Zwangsverwalter. In den meisten Fällen ist dieser identisch mit dem gerichtlichen Verwalter. So kommt denn der Überschuß in die Verwaltungsmasse und damit dort zur Verteilung. Einen besonderen Verteilungsplan braucht der gerichtliche Verwalter nicht aufzustellen. Er hat nur abzurechnen. Ein Teilungstermin findet ebensowenig statt. Die Vorschriften der §§ 156—160 ZwVerstG. finden ja auf die gerichtliche Verwaltung keine entsprechende Anwendung.

4. Es sind ferner folgende Fragen zur Erörterung gestellt worden:

„Kann § 8 der VO. v. 26. Mai 1933 auch auf den Fall ausgedehnt werden, daß sich der befristete Einstellungsbeschluß nicht auf die §§ 5 oder 7, sondern auf eine Bewilligung des Gläubigers stützt?

Gilt auch in einem solchen Fall eine neue Bewilligung des Gläubigers nach Ablauf der Einstellungsfrist nur dann als eine zweite im Sinne des § 9 daselbst, wenn vorher das Verfahren fortgesetzt worden ist und was rechnet im Einzelfalle zur Fortsetzung?"

Die erste Frage ist wohl zu verneinen.

Wenn der Gläubiger Einstellung auf 3 Monate bewilligt, so darf der Versteigerungsrichter nur eine unbefristete Einstellung aussprechen. Hat er gleichwohl die Einstellung auf 3 Monate bewilligt und kommt der Gläubiger vor Ablauf der Frist und bewilligt von neuem auf 3 Monate die Einstellung, dann wird der Versteigerungsrichter nichts unternehmen, sondern die Verfügung treffen: „Zu den Akten." Der § 8 kann daher nicht auf den Fall eines befristeten, auf die Bewilligung des Gläubigers erlassenen Einstellungsbeschlusses angewandt werden. Vielmehr beginnt die Frist erst nach Ablauf der 6 Monate. Wenn der Gläubiger eine Aufhebung des Verfahrens vermeiden will, so muß er vor Ablauf der Sechsmonatsfrist die Fortsetzung beantragen oder eine neue Einstellungsbewilligung dem Gericht vorlegen. Wählt er die Fortsetzung, so muß der Versteigerungsrichter zu der Frage einer erneuten Einstellung Stellung nehmen. Wenn es auch eines besonderen Beschlusses nicht bedarf, so muß er es mindestens in dem Beschluß über die Terminsanberaumung klar zum Ausdruck bringen, daß seiner Ansicht nach ein Grund zu einer erneuten Einstellung nicht gegeben ist. Wenn andererseits gleich der Antrag auf nochmalige Einstellung vom Gläubiger gestellt wird, so gilt dies nicht als eine zweite Bewilligung im Sinne des § 9. Denn § 30 ZwVerstG. verlangt, daß inzwischen das Verfahren fortgesetzt sein muß. Das ist hier aber nicht der Fall gewesen. Die Terminsbestimmung wird wirksam erst mit der Zustellung. Erst dann wird man wohl das Verfahren als fortgesetzt ansehen, sofern kein besonderer Beschluß über die Fortsetzung ergangen ist.

5. Zum Schluß noch die Erörterung der Frage: ob die nach § 5 NotVO. ergehenden Beschlüsse über die Einstellung an den im Ausland befindlichen Schuldner nach § 4 ZwVerstG. durch Aufgabe zur Post durch eingeschriebenen Brief zuzustellen sind.

Sofern der Eigentümer unbekannt ist, wird ein Zustellungsvertreter nach § 11 NotVO. zu bestellen sein. Die Ladung an diesen setzt die Rechtsmittelfrist in Lauf. Ist aber die Adresse des Schuldners im Ausland bekannt, dann sehe ich nicht ein, warum ihm nicht durch eingeschriebenen Brief zugestellt werden soll. Allerdings beginnt die Beschwerdefrist schon mit Aufgabe zur Post, und es ist möglich, daß diese Frist nicht vom Schuldner innegehalten werden kann.

Aber der Eigentümer eines solchen Grundstücks, der sich im fernen Ausland aufhält, ohne einen Vertreter für das Grundstück zu bestellen, verdient keine besondere Rücksichtnahme. Im übrigen wird bei den heutigen postalischen Verbindungen — das Gericht kann sich unter Umständen auch der Luftpost bedienen, die auch Einschreibesendungen ins Ausland befördert — die Frist von 14 Tagen meistens genügen.

Soweit die Behandlung der gestellten Fragen.

Ich habe versucht, in kurzen Zügen an der Hand praktischer Fälle zu zeigen, daß dem Versteigerungsrichter in vielen Fällen auch Mittel zur Verfügung stehen, um trotz des starren Formalismus des ZwVerstG. zu einem Ergebnis zu kommen, das einmal dem gesetzgeberischen Willen Rechnung trägt, andererseits aber auch die Belange der Volksgemeinschaft und der Volksgenossen berücksichtigt und vor allem dazu beiträgt, dem Verfahren den Makel der Schwerfälligkeit zu nehmen. Wir alle, gleichgültig an welcher Stelle wir stehen, ob als Versteigerungsrichter oder Mitglied einer Beschwerdekammer oder -senats, wir wollen das große Ziel nicht außer acht lassen: der Allgemeinheit zu dienen und nicht dem einzelnen. Wir wollen — jeder an seinem Teil — dazu beitragen, ein lebensnahes Recht zu schaffen, ein Recht also, das kein reines Formalrecht ist, sondern ein Lebensrecht.

Änderungen des Lebensmittelgesetzes

Von Oberlandesgerichtspräsident i. R. Dr. Holthöfer, Berlin

A.

Mit dem 14. Dez. 1935 ist das „Gesetz zur Änderung des Lebensmittelgesetzes" v. 11. Dez. 1935 (RGBl. I, 1430) — in folgendem kurz als „Novelle" bezeichnet — in Kraft getreten. Die amtliche Begründung (Begr.) zu diesem Gesetz ist im RAnz. Nr. 298 v. 21. Dez. 1935 abgedruckt. Mit Bek. v. 17. Jan. 1936 ist der Wortlaut des LebMittG. in der nunmehr geltenden Fassung im RGBl. 1936, I, 17 ff. veröffentlicht. Im Anschluß an Gesetz und Begr. habe ich in der Deutschen Nahrungsmittelrundschau 1935 Nr. 24 S. 196 neben dem Zweck und der Tragweite der einzelnen Änderungen ausführlich dargelegt, inwiefern die Änderungen des LebMittG. mit dem allgemeinen Umbruch der staatlichen und ernährungswirtschaftlichen Lebensformen im deutschen Raum zusammenhängen. In der letztgedachten Hinsicht will ich mich gegenüber dem Leserkreis der JW. mit Andeutungen begnügen.

B.

I. Die §§ 3 und 4 LebMittG. bleiben nach wie vor der vorgebildete Kern des deutschen Lebensmittelrechts, aus dem in gemäß § 5 LebMittG. vorgesehenen Verordnungen das Recht der einzelnen Lebensmittel nach und nach entwickelt werden soll.

1. Der unverändert gebliebene § 3 LebMittG. verbietet allgemein unter der Strafdrohung des § 12 die Herstellung und den Vertrieb gesundheitsschädlicher Lebensmittel.

§ 4 bezweckt den Schutz des Verbrauchers (und mittelbar auch des redlichen Mitbewerbers [vgl. JW. 1935, 2274, Anm. unter II]), indem er allgemein verbietet, nachgemachte, verfälschte, verdorbene Lebensmittel zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr herzustellen (§ 4 Nr. 1) und, sofern ihr Vertrieb nicht durch Verordnungen der vorerwähnten Art überhaupt ausgeschlossen ist, ohne entsprechende Kenntlichmachung solcher stofflichen Beeinträchtigungen zu vertreiben (§ 4 Nr. 2 LebMittG.).

2. § 4 Nr. 3 LebMittG., über dessen Stellung im Rahmen des § 4 RG. v. 29. Aug. 1935 in JW. 1935, 3224 einiges sagt, verbietet, Lebensmittel, auch wenn sie stofflich an sich einwandfrei sind, unter irreführenden Bezeichnungen, Angaben oder Aufmachungen zu vertreiben. Bisher war in der Rechtsprechung streitig, ob durch § 4 Nr. 3 nur Irreführungen über die stoffliche Beschaffenheit (Qualität) getroffen werden sollten, oder ob § 4 Nr. 3 auch die Fälle treffe, in denen durch die Art der Darbietung Irreführungen über Gewicht, Menge usw. des Lebensmittels bewirkt würden. Hierbei ist etwa zu denken an Schokoladepackungen mit starken Pappeinlagen, an Öl in Flaschen mit hochgezogenen Böden, Sardinen in Dosen mit abgeschrägten Böden. Über den Stand der Meinungen unterrichten meine Ausführungen in JW. 1933, 2530 und 1934, 840. Nachdem das OLG. Hamm in einem m. W. nicht abgedruckten Urt. v. 2. Juni 1934 trotz des RGUrt. v. 16. Jan. 1934 (JW. 1934, 841) seine bisherige enge Auslegung, gestützt auf die Entstehungsgeschichte des § 4 Nr. 3, glaubte aufrechterhalten zu müssen, war der mißliche Zwiespalt in der Rechtsprechung nur durch ein Machtwort des Gesetzgebers zu beseitigen. Dies ist jetzt durch die Novelle im Sinne der weiteren Auslegung dadurch geschehen, daß § 4 Nr. 3 den Zusatz erhalten hat, daß er auch gilt, „wenn die irreführende Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung sich bezieht auf die Herkunft der Lebensmittel, die Zeit ihrer Herstellung, ihre Menge, ihr Gewicht oder auf sonstige Umstände, die für die Bewertung mitbestimmend sind".

Damit ist der § 4 Nr. 3 noch stärker als bisher (vgl. JW. 1935, 2272 unter II und 2274 unter II) dem § 3 UnlWG. angenähert. Haben diese beiden Gesetze die Aufgabe, irreführende und unlautere Werbung zu ahnden, so fällt dem durch Ges. v. 12. Sept. 1933 (RGBl. I, 625) geschaffenen Werberat der deutschen Wirtschaft vorwiegend die positive Aufgabe zu, gestaltend auf lautere Werbeformen hinzuarbeiten. Der Werberat ist nicht eine Stelle des ständischen Aufbaus, sondern eine Vertretung der Wirtschaft mit Hoheitsfunktionen. So kennzeichnet der Kommentar zu dem vorbezeichneten Gesetz von v. Braunmühl und Zweck mit Recht die besondere Stellung des Werberats. Über die Formen, in denen er seinen Aufgaben nachkommt, werden in den demnächst erscheinenden „Ergänzungen zur 2. Aufl. des LebMittG.-Kommentars" von Holthöfer-Juckenack und in einem in der Deutschen Nahrungsmittelrundschau erscheinenden Aufsatz Ausführungen enthalten sein. Über das Verhältnis der Verlautbarungen des Werberats zu § 4 Nr. 3 LebMittG. wird dort gesagt: „Haben die Verlautbarungen des Werberats auch nicht die formelle Bedeutung einer jene Gesetze ergänzenden Rechtsetzung, so können sie doch, weil sie von hoher Warte aus von einer hierzu berufenen Reichsstelle ergehen, dem Strafrichter bei der Auslegung des § 4 Nr. 3 LebMittG. objektive Maßstäbe ehrlichen Handelsbrauchs an die Hand geben. Es kann auch im Einzelfalle für die Beurteilung der Schuldfrage von Bedeutung sein, wenn allgemeinen Bekanntmachungen des Werberats zuwidergehandelt ist, oder wenn gar ein Beschuldigter Warnungen oder sonstige gegen ihn gerichtete Sondermaßregeln des Werberats mißachtet hat." (Siehe hierzu LG. Leipzig v. 8. Mai 1935: JW. 1935, 3661.)

II. Was §§ 3 und 4 LebMittG. allgemein gehalten, grundsätzlich fordern, würde — angewendet auf Arten, Sorten und Einzelstücke der im Verkehr auftretenden Lebensmittel — vielfach zu widersprechenden Beurteilungen durch Sachverständige und Gerichte führen. Deshalb sieht § 5 Verordnungen über einzelne Lebensmittel vor, die durch rechtsverbindliche Festlegungen Klarheit und Rechtssicherheit schaffen sollen.

1. Die ursprüngliche Fassung des § 5 übertrug den Erlaß solcher Rechtsverordnungen der Reichsregierung und verlangte dazu die Zustimmung des Reichsrats und die Anhörung des zuständigen Ausschusses des Reichstags, nach vorheriger Anhörung (§ 6) des Reichsgesundheitsrats. Inzwischen sind der Reichsrat (Ges. v. 14. Febr. 1934 [RGBl. I, 89]) und die Mitwirkung von Reichstagsausschüssen (VO. v. 30. März 1933 [RGBl. I, 147]) in aller Form beseitigt. Die Vorschrift des § 6 ist als überlebt durch die Novelle aufgehoben.

Die wichtigen Ermächtigungen des § 5 sind nunmehr, sachlich erweitert, dem Reichsminister des Innern und dem Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft zur gemeinsamen Ausübung übertragen. Denn die Normensetzung für Lebensmittel ist mit der Ernährungswirtschaft und ihrem Recht vielfältig verflochten. In der Hand der gemäß § 5 LebMittG. verordnenden Minister liegt auch (vgl. § 22 Abs. 1 LebMittG.) die Befugnis zu Ergänzungen des Gesetzes und damit auch zu seiner rechtsverbindlichen Auslegung. Die bisher nicht einheitlich beantwortete Frage, ob Begriffsbestimmungen und Bezeichnungen für einzelne Lebensmittel in Verordnungen gemäß § 5 LebMittG. auch rechtsgültig entgegen dem bisherigen Sprachgebrauch in Handel und Verkehr festgelegt werden dürften (vgl. JW. 1935, 2274 I in den letzten Sätzen), hat damit ihre Bedeutung für den rechtsprechenden Richter verloren.

2. § 5 LebMittG. ist sachlich als Rahmengesetz für die Verordnungen über einzelne Lebensmittel erhalten geblieben. Er enthält nach wie vor eine Aufzählung von Einzelermächtigungen. Eine Zusammenstellung der bisher gemäß § 5 LebMittG. erlassenen Verordnungen über einzelne Lebensmittel nach ihrem neuesten Stand werden die vorerwähnten „Ergänzungen zu Holthöfer-Juckenack" bringen. Die bisherigen Ermächtigungen des § 5 reichten wegen ihres Inhalts und des bisher vorgeschriebenen, unter 1 angedeuteten

Entstehungsvorgangs solcher Verordnungen nicht aus, um der sich stürmisch umbildenden Ernährungswirtschaft so umfassend und so rasch die von ihr für nötig gehaltenen Normensetzungen für einzelne Lebensmittel zu liefern, wie sie es für nötig hielt. Das Rechtsbedürfnis fand Hilfs- und Auswege auf der rechtlichen Grundlage der VO. des Reichspräsidenten über Handelsklassen v. 1. Dez. 1930 (RGBl. I, 517, 602) und der §§ 2, 3, 10 Ges. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes und Maßnahmen zur Markt- und Preisregelung für landwirtschaftliche Erzeugnisse v. 13. Sept. 1933 (RGBl. I, 626). Auf der letztgenannten Grundlage sind autonome Normensetzungen durch die Zusammenschlüsse des Reichsnährstandes für einige Lebensmittel erfolgt. Über ihren rechtlichen Charakter und über ihre Tragweite finden sich ausführliche Darlegungen in meinem Aufsatz „Ausbau des Lebensmittelrechts" in der Deutschen Nahrungsmittelrundschau 1935 Heft 21 S. 170. Diese neben dem § 5 LebMittG. erfolgende Normensetzung, die in dem Verkündungsblatt des Reichsnährstands (VO. v. 19. Dez. 1934 [RGBl. I, 1272]) veröffentlicht wird, bringt eine gewisse Unübersichtlichkeit der für die einzelnen Lebensmittel innerhalb des Reichsgebiets geltenden Normen mit sich.

Die Novelle füllt die Ermächtigungslücken des § 5, die hierzu führten, aus. Jetzt können nach der **neuen Nr. 4a** und der **erweiterten Nr. 5 des** jetzigen **§ 5** LebMittG. auch rechtssatzmäßige **Standardisierungsbestimmungen** mit der Wirkung allgemeingültigen Reichsrechts gemäß § 5 LebMittG. für einzelne Lebensmittel erlassen werden.

3. a) Der **§ 5 Nr. 1** LebMittG. soll in verkürzter Fassung eine Erweiterung der bisherigen Ermächtigungen zum Schutze der Gesundheit bringen durch Vorschriften, welche — ohne daß im Einzelfall eine eingetretene Gesundheitsbeschädigung oder eine Gesundheitsgefahr nachgewiesen werden müßte (vgl. RGSt. 69, 282 unter 2 = JW. 1935, 3163[10]) — schon gewisse Tatbestände unter die Strafdrohung des § 12 stellen, welche erfahrungsgemäß Gefahren für die menschliche Gesundheit mit sich bringen können. So wird auch hier die Front verbreitert, auf der der Schädigung des wichtigen Rechtsguts der menschlichen Gesundheit schon im Keimstadium mit den Mitteln des Strafrechts entgegengetreten werden kann.

Woran man bei der Erweiterung der Ermächtigungen gedacht hat, ergibt sich aus der Begr. Sie nennt z. B. Anforderungen, die im Interesse der Volksgesundheit an die dem Lebensmittelverkehr dienenden Räume, Geräte und Einrichtungen sowie an die mit Lebensmitteln in Berührung kommenden Personen und ihre gesundheitliche Überwachung zu stellen sind. Es heißt weiter dort: „Ohne die sich bietenden Möglichkeiten damit irgendwie auszuschöpfen, mag beispielsweise gedacht werden an das Verbot, leichtverderbliche Lebensmittel im Straßen-, Markt- oder Hausierhandel zu vertreiben ... oder zum menschlichen Genuß ungeeignete Flüssigkeiten in den für die Aufbewahrung von Getränken gebräuchlichen Flaschen in den Handel zu bringen." Eine Fülle von örtlichen Polizeiverordnungen, z. B. über Reinlichkeit in Fleischereien und über den Vertrieb von Hackfleisch, deren Rechtsgültigkeit vielfach die Gerichte beschäftigt hat, könnte durch entsprechende Reichsverordnungen in einheitliches zweifelfrei geltendes Reichsrecht verwandelt werden.

Daß diese erweiterten Ermächtigungen nicht in einer Vermehrung der bisherigen Aufzählungen Ausdruck gefunden haben, sondern sogar in einer verkürzten Fassung, ist zu begrüßen. Denn jenes hätte nur in einem schwer lesbaren Mammut-Satzgebilde geschehen können. Dieser Nachteil wäre nicht aufgewogen worden durch den Vorteil einer klaren Zuständigkeitsabgrenzung. Denn jetzt ist ja nicht mehr wie bisher die Mitwirkung von außerhalb der Regierung stehenden Körperschaften zu Verordnungen gemäß § 5 erforderlich.

b) Die neue **Nr. 2 des § 5** gibt den beiden zuständigen Ministern die Möglichkeit, nach ihrem Ermessen die Herstellung und den Vertrieb bestimmter Lebensmittel „konzessionspflichtig" zu machen. Die Begr. weist auf § 4 NitritG. und § 14 MilchG., in denen die Genehmigungspflicht in Gesetzesform ausgesprochen ist, als Vorbilder hin. Der Strafschutz für Zuwiderhandlungen gegen die in Vorschriften gemäß § 5 Nr. 2 sachlich steckenden „Verbote" ist in den § 13 LebMittG. eingebaut.

c) **§ 5 Nr. 3** entspricht dem bisherigen § 5 Nr. 2, ihn dahin erweiternd, daß die Verbote sich auf Gegenstände oder Stoffe auch erstrecken dürfen, „wenn ihre Verwendung nur für den eigenen Bedarf des Abnehmers erfolgen soll". Denn aus diesem Bereich gelangen sie nur zu leicht in die für den allgemeinen Verkehr bestimmten Lebensmittel. Die Worte „Gegenstände oder Stoffe, die zur Nachahmung oder Verfälschung von Lebensmitteln bestimmt sind", sind in der Neufassung fortgelassen, weil sie durch die Fassung „die bei der Gewinnung und Herstellung oder Zubereitung nicht verwendet werden dürfen" mitgedeckt werden. Nähere Ausführungen hierüber werden in den „Ergänzungen zu Holthöfer-Juckenack" enthalten sein.

d) Die Erweiterung des **§ 5 Nr. 5** (bisher Nr. 4) ist bereits vorstehend unter 2 in ihrer Tragweite unter dem Gesichtspunkt der dadurch geschaffenen Ermöglichung von Rechtssatzstandards gewürdigt.

e) Wegen der sonstigen Änderungen des § 5 kann auf die Begr. verwiesen werden.

III. Wie die Begr. andeutet, liegt die Änderung des **§ 8** im Zuge der Reichsreform. **§ 11 Abs. 3** ist im Hinblick auf die weitgehende Ermächtigung des Reichsministers des Innern in **§ 22 Abs. 1** zum Erlaß von Ausführungsverordnungen entbehrlich geworden. Auch deshalb, weil nach §§ 1 und 4 der 1. VO. zum Gesetz über den Neuaufbau des Reiches v. 2. Febr. 1934 (RGBl. I, 81) die Regierungen und Behörden der Länder als nachgeordnete Behörden den Anordnungen der zuständigen Reichsminister Folge zu leisten haben.

Die neue Fassung des **§ 12 Abs. 3** ersetzt nur die in Holthöfer-Juckenack § 12 Anm. 4a erörterte mißglückte bisherige Fassung durch eine bessere.

IV. **§ 22**, dessen Abs. 1 bereits oben unter II 1 erwähnt ist, gibt in seinem Abs. 2 dem Reichsminister des Innern für drei Gruppen von Fällen das Recht der Zulassung von Ausnahmerecht. Die Begr. bemerkt dazu im allgemeinen, daß die nach § 22 Abs. 2 zulässigen Ausnahmebewilligungen sowohl allgemein als auch für den Einzelfall erteilt werden können. Über ihre Form schweigen Gesetz und Begr. Wegen der Nr. 2 des Abs. 2 spricht sich die Begr. so ausführlich aus, daß weitere Erläuterungen nicht erforderlich sind. Auf **Nr. 3 des § 22 Abs. 2** sei der Jurist besonders hingewiesen. Nach der Begr. „trägt Nr. 3 der Tatsache Rechnung, daß zufolge der Devisenbewirtschaftung oder sonstiger wirtschaftlicher Schwierigkeiten vielfach die zu einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Herstellung, Zubereitung oder Behandlung der Lebensmittel erforderlichen Rohstoffe und Verfahren nicht mehr zur Anwendung gelangen können". In solchen Fällen half man sich bisher dadurch, daß die oberste Verwaltungsbehörde — einheitlich im ganzen Reichsgebiet — die nachgeordneten, mit der Überwachung des Lebensmittelverkehrs betrauten, ihr zum Dienstgehorsam verpflichteten Behörden anwies, Lebensmittel von bestimmter mit dem geltenden Recht nicht in Einklang stehender Beschaffenheit unbeanstandet zu lassen. Auf diese Weise kamen sie in aller Regel nicht zur Beurteilung des Strafrichters, für den solche Verwaltungsanweisungen nicht maßgebend waren. Wurde ausnahmsweise, etwa auf Anzeige eines Verbrauchers oder eines Mitbewerbers, ein Strafverfahren anhängig, so konnte auf Grund des § 153 Abs. 2 und 3 StPO. eine den Umständen nach unbillige Bestrafung vermieden werden. Der betreffende Gewerbetreibende hatte ja nichts anderes getan, als seine Berufsgenossen, die gleich ihm den durch die Wirtschaftslage gebotenen, geringere Anforderungen als das geltende Recht stellenden Anforderungen der obersten Lebensmittelpolizeibehörde Rechnung getragen hatten.

Dieser immerhin mißliche am Gesetz vorbeigeleitete Not- und Umweg kann in Zukunft vermieden werden durch allgemeines Recht schaffende Ausnahmeverordnungen des Reichsministers des Innern, die vorübergehend das Regelrecht ersetzen.

Zur Einkommensteuer der Rechtsanwälte und Notare

Von Rechtsanwalt Dr. Wille, München

JW. 1935, 385 sind die Grundzüge der Steuerpflicht der Rechtsanwälte und Notare nach dem EinkStG. v. 16. Juni 1934 dargestellt. Meine damaligen Ausführungen ergänze ich durch neu gewonnene Ergebnisse von Rechtsprechung und Rechtslehre. Wegen der Raumknappheit können allerdings nur die wesentlichsten erwähnt werden. Die Einteilung der bisherigen Darstellung ist, um einen zusammenhängenden Gebrauch zu ermöglichen, dem vorjährigen Aufsatz soweit als möglich nachgebildet.

I. Gegenstand der Besteuerung

ist das Einkommen des Rechtsanwalts, der Gesamtbetrag der Einkünfte aus seiner selbständigen oder unselbständigen Arbeit oder aus seiner Verbindung dieser beiden Formen der Berufsausübung. Zum Begriff der Unselbständigkeit gehört persönliche Abhängigkeit, wirtschaftliche Abhängigkeit genügt nicht (RFH. 5, 317). Wann sie im einzelnen Fall vorliegt, ist Tatfrage. Aus dem Gebiet der Anwaltsgemeinschaft ist folgende Entscheidung von Interesse: Das FinGer. Düsseldorf führt im Urteil vom 11. Sept. 1935: JW. 1935, 3503 aus, daß ein gegen festes Gehalt bei einem anderen Anwalt tätiger Rechtsanwalt nicht als unselbständiger Arbeitnehmer anzusehen sei. Die Entscheidung greift auf die Rechtsprechung des RFH. zurück, wonach aus einer festen Vergütung allein noch kein ausreichender Schluß auf ein Arbeitnehmerverhältnis gezogen werden könne. Das Gutachten der als Sachverständiger gehörten Anwaltskammer kam zu dem Ergebnis, daß ein gegen festes Gehalt angestellter Anwalt nicht unselbständiger Arbeitnehmer sei. Das FinGer. schloß sich dem Gutachten mit der Begründung an, daß es der Volksanschauung entspreche. Auch die frühere Berufsauffassung stand schon auf dem Standpunkt, daß die Annahme eines festen und gebundenen Anstellungsverhältnisses die Ausnahme bilden sollte.

Es hat sich die Frage ergeben, ob die im Rahmen eines Ehrenamtes gewährten Bezüge, z. B. anläßlich einer Tätigkeit als Mitglied des Vorstands der Anwaltskammer, der Reichsrechtsanwaltskammer oder als Gaufachberater oder in einer ehrenamtlichen Stellung des BNSDJ. steuerpflichtig sind. Nach § 3 Ziff. 13 EinkStG. ist sie danach zu entscheiden, ob es sich um eine Aufwandsentschädigung oder etwa um Reisekosten handelt, die aus einer „öffentlichen Kasse" bezahlt werden. Man wird annehmen dürfen, daß die Anwaltskammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts auch als öffentliche Kasse in diesem Sinn anzusehen ist. Für den BNSDJ., der auf Grund Privatrechts Rechtspersönlichkeit besitzt (vgl. §§ 3, 5 Abs. 1 DurchfVO. v. 29. März 1935 zum Ges. zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933), dürfte die Frage zu verneinen sein.

Dagegen sind Entschädigungen, welche für Verdienstausfall und Zeitverlust von diesen Stellen vergütet werden, steuerpflichtig. Sie werden als Entschädigungen für entgangene Einnahmen nach § 24 Ziff. 1 EinkStG. bei der Einkunftsart herangezogen, bei welcher ein Gewinnausfall durch die ehrenamtliche Tätigkeit eingetreten ist.

Ich erwähne ferner folgenden, vom RFH. im Urteil vom 30. April 1935: StW. 35 Nr. 412 entschiedenen Fall: Ein Anwalt, dessen Haupttätigkeit die eines Justiziars einer Bank war, der daneben aber auch freiberuflich tätig sein durfte, erhielt, als er sich auf Wunsch seiner Arbeitgeberin nach Berlin versetzen ließ, für die damit verbundene Beschränkung der Möglichkeit, am neuen Ort freiberuflich zu wirken, eine einmalige Vergütung. Der RFH. erklärte diese Vergütung als zusätzlichen Arbeitslohn.

II. Ermittlung der Einkünfte

Einkünfte aus selbständiger Arbeit:

1. Gewinnermittlung durch Vergleich der Betriebseinnahmen mit den Betriebsausgaben

a) Zur Frage der Kostenvorschüsse.

Das Urteil des RFH. vom 14. Nov. 1934: JW. 1935, 1054 [2] führt aus, daß nach bürgerlichem Recht ein Unterschied bestehen könne, ob Geldbeträge, welche von den Parteien an den Rechtsanwalt bezahlt wurden, als „Anzahlung" oder „Sicherungsgelder" geleistet wurden. Die zivilrechtliche Betrachtung sei jedoch für die Einkommensteuer nicht entscheidend, vielmehr komme es für den Rechtsanwalt darauf an, wie er diese Geldbeträge buchmäßig behandle. Werden die Vorschüsse von den sonstigen Einnahmen nicht ausgesondert, also nicht getrennt verwahrt, sondern ebenso wie diese, dem Verbrauch zugeführt, dann gelten sie als Einnahme im Zeitpunkt des Zufließens. Werden sie jedoch in dem Buch als Vorschüsse bezeichnet und außerdem auch besonders verwahrt, z. B. auf Anderkonto einbezahlt, so gelten sie bei abgeschlossener Bearbeitung oder mit der Abrechnung der Sache als Einnahme. Ich verweise hier auf die vorläufigen Richtlinien zur Buchführungspflicht der freien Berufe und ähnlicher Erwerbszweige nach § 161 Abs. 1 RAbgO. v. 22. Juni 1932 (RStBl. 613). An die einmal gewählte Sachbehandlung ist der Anwalt gebunden. Es ist nicht zulässig, daß er nach seinem Belieben etwa im Laufe eines Rechtsmittelverfahrens von der einmal gewählten Art der Besteuerung zu der anderen übergeht, die ihm vorteilhafter erscheint (RFH. v. 19. Dez. 1934: JW. 1935, 1055).

b) Zum Begriff der Betriebseinnahmen:

Zu den Einkünften aus der selbständigen Arbeit des Rechtsanwalts gehören auch gegebenenfalls Geschenke, die ihm etwa neben den Gebühren oder dem vereinbarten Honorar gegeben werden, denn auch diese sind in ursächlichem Zusammenhang mit der von ihm ausgeführten Berufstätigkeit zugeflossen. Es ist demgegenüber ohne Bedeutung, ob der Geber dieser Spende aus dem Gefühl einer Verpflichtung heraus oder etwa aus Dankbarkeit für die erfolgreiche Tätigkeit eines Anwalts gehandelt hat. Selbst wenn der Anwalt seine Gebühren oder sein Honorar schon erhielt, und selbst dann, wenn das Honorar die Gebühren überschritten haben sollte, ändert sich an der steuerlichen Beurteilung nichts (vgl. hier die für einen Fall aus der ärztlichen Berufsausübung ergangene, für den Anwaltsberuf sinngemäß anzuwendende Entsch. des RFH. v. 9. Okt. 1935: StW. 1935 Nr. 660).

Ferner: Als Bestandteil der Betriebseinnahmen des verstorbenen Rechtsanwalts sind die Bezüge der Witwe angesehen worden, welche diese aus einer Anwaltssozietät erhielt. Sie wurden steuerrechtlich als nachträgliche Einkünfte aus der selbständigen Arbeit des Rechtsanwalts angesehen, trotz des von der Witwe gebrachten Einwands, daß sie durch gelegentliche Empfehlungen an die Auftraggeber ihres verstorbenen Mannes dazu beigetragen habe, diese der Anwaltsgemeinschaft zu erhalten (Urt. v. 15. Okt. 1935: StW. 1935 Nr. 414).

Für die Gewinnermittlung durch Überschußberechnung nach § 4 Abs. 2 EinkStG. gilt der Grundsatz, daß wirtschaftlich ins Gewicht fallende Schwankungen im Betriebsvermögen, die in einem Wirtschaftsjahr ausnahmsweise auftreten, durch Zuschläge oder Abschläge berücksichtigt werden können. Von Bedeutung ist hier nachfolgende Entscheidung des RFH. vom 13. Febr. 1935: JW. 1935, 1590: Rückstellungen wegen drohen-

der Regreßansprüche gegen den Rechtsanwalt auf Grund seiner freiberuflichen anwaltschaftlichen Tätigkeit sind unzulässig, da es ungewiß sei, ob oder in welchem Umfang der Anwalt künftig werde bezahlen müssen. Eine Abschreibung widerspräche dem Grundsatz, daß eine Ausgabe erst dann vorliegt, wenn der Betrag tatsächlich ausgegeben worden sei, vgl. hierzu meine Kritik a. a. O. Anm. 32 gegen diese formalistische und die freien Berufe beeinträchtigende Auffassung des RFH., die auch im Gegensatz zu der Auffassung Beckers in seinem Kommentar zu der Einkommensteuer steht.

c) Ausgleich mit etwaigen Verlusten, § 2 Abs. 2 EinkStG. Vgl. hier die grundsätzlichen Ausführungen in meinem Aufsatz: JW. 1935, 387 unter Buchstabe b). Neu ergangen ist inzwischen folgende Entsch. des RFH. v. 20. Febr. 1935: JW. 1935, 2449 ff.: Die Hingabe von Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften und ähnliche Geldgeschäfte sind dem Anwaltsberuf grundsätzlich fremd. Sie fallen nur dann in den Bereich anwaltschaftlicher Tätigkeit, wenn sie unmittelbar mit der Durchführung eines erteilten Auftrags zusammenhängen, wie z. B. mit der Leistung von Gerichtskostenvorschüssen, den Bürgschaften zur Erlangung und Abwendung von Vollstreckungsmaßnahmen und zur Erwirkung von Arresten.

d) Zum Begriff der Betriebsausgaben.

aa) Ausgaben für die Einrichtung der Büroräume, vgl. hier Aufsatz in JW. 1934, 387 unter Buchst. III d aa.

bb) Fahrt- und Reisekosten: In Aufsatz der JW. 1935, 380 war die Auffassung vertreten, daß eine kleinliche Beurteilung der Ausgaben für Fahrt- und Reisekosten der Rechtsanwälte vermieden werden soll, und daß die in dieser Hinsicht für Beamte geltenden Grundsätze nicht ohne weiteres auf die freiberufliche Tätigkeit des Anwalts übertragen werden dürfe. Es ist von Interesse, daß dieselbe Forderung auch noch von einer anderen Berufsgruppe mit Erfolg gestellt wurde: in einem Aufsatz „Reisespesen und Kundenspesen im Deutschen Steuerrecht" vertritt Dr. Koppe: DStZ. 1935, 383 ff. denselben Grundsatz für die leitenden Privatangestellten und verweist auf ein Zitat in den Steuermitteilungen des Reichsverbands der deutschen Industrie v. 25. Jan. 1935 (III, 4), wonach das RFM. ausdrücklich bestimmte, daß die Übertragung der Reichsbeamtensätze auf die Privatwirtschaft keinesfalls erfolgen dürfe.

cc) Zu den Betriebsausgaben gehören auch Aufwendungen, welche der Beschaffung neuer Einnahmequellen dienen. Aus dem anwaltschaftlichen Berufsleben wurde folgender Fall entschieden: Ein Anwalt hatte vor Beginn seiner Tätigkeit Abstandsgelder für die von ihm zu mietenden Büroräume bezahlt. Nach dem Urteil des RFH. 20, 211 liegen hier Betriebsausgaben vor. Solche Abstandssummen sind auf die wahrscheinliche Dauer des Mietverhältnisses zu verteilen (RFH. v. 20. Nov. 1929; Mrozek, Kartei EinkStG. 1925, § 18 Abs. 1 Nr. 2, R. 20; vgl. hierzu den Aufsatz von Megow: JW. 1935, 3595).

2. Gewinnermittlung durch Vermögensvergleich.

Zum Begriff des Betriebsvermögens:

Entscheidend ist, ob ein Gegenstand dem Betriebsvermögen gewidmet ist. Bei den freien Berufen ruht die Tätigkeit im wesentlichen auf der Persönlichkeit des Berufstätigen, während die Verwendung von Kapital vollkommen in den Hintergrund tritt.

Ich erwähne folgende, durch die Rechtsprechung behandelten Einzelfälle:

Beim Rechtsanwalt ist grundsätzlich davon auszugehen, daß mit der Verwendung von Einkünften zu Kapitalsanlagen, z. B. zur Anschaffung von Wertpapieren diese Einkünfte aus dem Betriebsvermögen ausscheiden. Wenn aber ein Rechtsanwalt, wie das in den vergangenen Jahren vielfach vorkam, auf Anraten des örtlichen Anwaltsvereins, aus seinem Einkommen Aktien einer Treuhandgesellschaft zeichnete, die durch eine bestimmte Art der Zusammenarbeit die Berufstätigkeit der Anwälte fördern sollten, so gehören die Aktien der Treuhandgesellschaft zum Betriebsvermögen des Anwalts, mit der Folge, daß Verluste von diesem Einkommen abziehbar waren.

Ähnlich wird in dem Fall, in welchem der Anwalt an Stelle einer Barzahlung als Honorar einer Sache, z. B. ein Wertpapier oder ein Gemälde anzunehmen gezwungen ist, die er nicht behält, sondern zur Realisierung seiner Einnahmen veräußert, der Gegenstand bis zur Veräußerung zu seinem Betriebsvermögen zu rechnen und ein bei der Veräußerung erlittener Verlust abziehbar sein (vgl. Anm. zum Urteil des RFH. v. 8. Juni 1934: JW. 1934, 2427).

Nationalsozialistisches Gemeinrecht

Im Januarheft 1936 des „Deutschen Rechts" hat der Reichsjuristenführer unter dem Titel „Die Zeit des Rechts" eine bedeutungsvolle Rückschau über die Entwicklung des Rechtsgedankens und zugleich ein Programm der nationalsozialistischen Rechtspolitik aufgezeichnet, das für die vor uns liegende Arbeitsperiode richtungweisend sein wird:

Aus der schlaglichtartigen Gegenüberstellung von einem „geradezu tragisch überkommenen Denkzusammenhang" und der nationalsozialistischen Auffassung von Recht als einem „Kulturbestandteil eines Volkes in geschichtlich-sozialem Raum" ergeben sich für das scheinbar restlos durchdachte Problemgebiet des Rechtes neuartige Ausblicke in die Neugestaltung des nationalsozialistischen Rechts.

Das Recht darf, so führt RMin. Dr. Frank aus, nicht im „Justizressort" verkümmern; keine Begriffsfesseln können es künftig in seiner Mission hemmen, ebensowenig wie etwa „der Nationalsozialismus und sein Führerwollen mit dem elenden stumpfsinnigen Begriffsgerümpel des Liberalismus" gedeutet werden kann. Die „beseelte Urwelt" des Rechts „mit all ihren Regellosigkeiten" wurde aber im liberalistischen Staatsdenken „durch ein mechanisches Herrschprinzip, das eigentliche Charakteristikum der Umkehr von Kultur und Zivilisation" abgelöst. So „entstand der Staat im modernen Sinne, der keine Angelegenheit einer Gemeinschaft war, sondern eine Beherrschungsanstalt mit universalen Anwendungsmöglichkeiten".

Ein Vergleich mit der Entwicklung des Christentums ins Formalistische unterstreicht diese Ausführungen; die überkommene Rechtsauffassung wird aber in eindringlichster Weise durch den Hinweis auf die Entwicklung verdeutlicht, die das Volksrecht der Römerrasse in absteigender Richtung zwangsläufig zum „Staatsregulativ des herrschgewaltigen Anstaltsleiters" führte.

Dem stellt Dr. Frank das sieghafte, schöpferische Rechtswollen des Nationalsozialismus gegenüber:

„Die deutsche Gemeinschaft ersteht wieder. Und der Jurist der versunkenen Welt verschwindet. Rechtswahrer soll er sein und heißen in unserem Reich ... Das Recht gehört nicht einem Ressort, es gehört dem Volke. Als Volksgenossen dienen die Rechtswahrer dem Volk im Rechtsdienst."

Dies bedeutet, daß Recht nur ist, was dem Volke nützt „Der Nationalsozialismus rechnet nur mit dem Volk! Es allein hat Existenz, ist Wirklichkeit, Leben, Macht, Glück und Glaube." „Es gibt nur Volksgeschichte, nur Volkstradition, nur Volksdienst — der Staat ist nur Mittler."

In diesen logischen Zusammenhang stellt der Reichsjuristenführer einen zweiten Fundamentalsatz:

„Die Verfassung Deutschlands ist das nationalsozialistische Parteiprogramm. Das Leben Deutschlands ist die Führertat. Das Gesetz Deutschlands ist der Führerwille. Der Führer ist die Ehre und das Schicksal Deutschlands. Und aus diesem

deutschen Glauben ersteht durch die Jahrhunderte jeweils der Berufene als Führer.

Die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei ist die Willensschule und Willensgarantie des deutschen Volkes."

Diese Ableitung schließt:

„Gemeinrecht heißt Vorherrschaft des Gemeinnutzens vor dem Individualnutzen, ist Erstellung der Ordnung der Gemeinschaft aus den geschichtlich fortwährend sich ändernden Zeitlagen (des Volkes) im Hinblick auf die Substanzwerte Rasse, Boden, Arbeit, Ehre, Wehrkraft, Kultur des Volkes. Der Staat gibt das Gemeinrecht als Form, das Volk gibt dem Staat das Gemeinrecht auch als Inhalt nach Wille und Zweckmäßigkeit."

Diese Erkenntnisse führen zu drei programmatischen Hauptsätzen des Reichsjuristenführers:

„Das Recht ist als nationalsozialistisches Gemeinrecht die große Ordnung unseres Volkslebens. Volk und Recht sind Größen erster Ordnung.

Die Gesetze des Dritten Reiches sollen Abwandlungen und Anwendungen dieses einen Grundgesetzes des Nationalsozialismus sein. Der Nationalsozialistische Rechtsdienst ist:

1. das Denken des Gemeinrechts — in Forschung, Lehre, Kritik, Klärung (Idee des Gemeinrechts),

2. das Schaffen des Gemeinrechts — in Erstellung des Sprachguts, geschriebene Rechts„gesetze" (Formulierung des Gemeinrechts),

3. die Verwirklichung des Gemeinrechts — in Erstellung der Lebensordnung des Volkes durch Anwendung der Rechtsgesetze nach Tatbestandserkenntnis (Lebensschau), Rechtszuerkennung (Urteilspruch), urteilsbezogene Vollstreckung (Erleben des Gemeinrechts).

So stehen wir am Anfang der deutschen Rechtsschule des nationalsozialistischen Reiches: Eine wahrhaft deutsche Rechtsentwicklung hebt an.

„Aus dem deutschen Volk ersteht die Kraft, das Recht auf das Volk zurückzuführen und die Verirrung zu beseitigen, dem ‚Staat' im Justizdienst das Recht zu monopolisieren."

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Reichsfachschaft für das Dolmetscherwesen in der Deutschen Rechtsfront.

Bei der Wichtigkeit der Dolmetschertätigkeit ist es unbedingt notwendig, daß für dieses Arbeitsgebiet nur solche Volksgenossen in Betracht kommen, die den Voraussetzungen in fachlicher und politischer Hinsicht entsprechen. Da eine reichsgesetzliche Regelung des Begriffs „Dolmetscher" oder „Übersetzer" noch aussteht, haben sich Mißstände herausgestellt, weil ungeeignete Personen ohne Nachweis ihrer Befähigung versuchen, auf diesem Arbeitsgebiet sich zu betätigen.

In einem Rundschreiben v. 9. Jan. 1936 (Mitteilungsblatt 1936, 4) weist der Reichsinspekteur Dr. Raeke in Vertretung des Reichsjuristenführers deshalb auf folgendes hin:

Zur Bekämpfung der Mißstände im Dolmetscherwesen hat die Reichsfachschaft für das Dolmetscherwesen, Berlin-Tempelhof, Kaiser-Korso 3, eine Zentralstelle geschaffen, die geprüfte Dolmetscher und Übersetzer aller Sprachen und Fachgebiete zur Verfügung stellt. Die Reichsfachschaft verlangt von ihren Mitgliedern für die von ihnen geforderten Leistungen eine besonders strenge berufliche Auffassung und prüft ihre fachliche und politische Eignung. Sie hat als erste Organisation im Reiche planmäßig Erfahrungen der Dolmetscher und Übersetzer gesammelt und ist daher in der Lage, bei Benennung von Dolmetschern und Übersetzern auch für besonders schwierige Aufgaben den geeigneten Mann zu stellen.

Es wird demgemäß erwartet, daß alle Mitglieder des BNSDJ. und der der Deutschen Rechtsfront angeschlossenen Verbände vor Hinzuziehung von Dolmetschern und Übersetzern — namentlich in gerichtlichen Verfahren — ausschließlich die Reichsfachschaft für Dolmetscherwesen und ihre bei den Gliederungen des BNSDJ. als Amtswalter der Deutschen Rechtsfront tätigen Gau- und Bezirksfachberater zum Nachweise eines Dolmetschers in Anspruch nehmen.

Abgrenzung und Zusammenarbeit zwischen der Deutschen Arbeitsfront und der Deutschen Rechtsfront

Zu der unter dem 6. Okt. 1935 getroffenen Vereinbarung zwischen der Deutschen Arbeitsfront und der Deutschen Rechtsfront — Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen — sind unter dem 7. Jan. 1936 Ausführungsbestimmungen erlassen worden, die im Mitteilungsblatt 1936, 2 veröffentlicht sind. In diesem Zusammenhange wird auf den Leitartikel: JW. 1935, 2921 Bezug genommen.

Aus den Ausführungsbestimmungen, auf die hier ausdrücklich aufmerksam gemacht wird, werden auszugsweise die nachstehenden Abschnitte, die besonders für die Rechtsanwälte gelten, wörtlich wiedergegeben:

I. Beiderseitige Zuständigkeiten

1. Alle deutschen Rechtswahrer sind grundsätzlich entsprechend ihrer Berufsaufgabe durch den BNSDJ. bzw. die für sie zuständige Berufsgruppe innerhalb der Deutschen Rechtsfront zu erfassen.

2. Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftsrechtler — letztere insoweit als sie unter Ziff. III der Vereinbarung vom 6. Okt. 1935 aufgeführt sind — gehören grundsätzlich zum BNSDJ. oder zu der für sie zuständigen Berufsgruppe in der deutschen Rechtsfront und sind diesen gegenüber beitragspflichtig.

Rechtsanwälte, die ihren Beruf ganz oder teilweise als angestellte Syndizi in der Wirtschaft ausüben, sind dem BNSDJ. gegenüber beitragspflichtig, solange sie als Rechtsanwalt bei einem deutschen Gericht zugelassen sind.

3. ...

4. ...

5. Für die vorstehend unter Ziff. 2(—4) aufgeführten Mitglieder des BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront wird die Einzelmitgliedschaft und die Beitragsleistung an die Deutsche Arbeitsfront hinfällig mit der Ausnahme, daß solche Mitglieder, welche die sozialen Leistungen der Deutschen Arbeitsfront in Anspruch zu nehmen wünschen, unbeschadet der vollbeitragspflichtigen Mitgliedschaft im BNSDJ. bzw. in der Deutschen Rechtsfront die Einzelmitgliedschaft in der Deutschen Arbeitsfront erwerben bzw. beibehalten.

II. Beteiligung an der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude"

1. Für die unter Ziff. II Abs. 1 bezeichneten Bundesmitglieder (d. h. die Mitglieder der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftsrechtler des BNSDJ.), die Mitglieder der Reichsfachgruppe Rechtsbeistände und der Reichsfachschaft der Buchführer in der Deutschen Rechtsfront, die als körperschaftliche Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront gelten, ist die grundsätzliche Beteiligung an der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude" gegeben. Für alle übrigen Mitglieder des BNSDJ. ist die Beteiligung freiwillig.

Die einmalige Erklärung der Beteiligung ist für das laufende Jahr bindend.

2. Der KdF.-Beitrag beträgt für das laufende Jahr 2,40 *RM* und ist von den beteiligten Bundesmitgliedern mit dem fälligen Bundesbeitrag bis spätestens 15. Febr. 1936 auf das Postscheckkonto des BNSDJ. e. V., Reichsgeschäftsstelle, Konto Berlin Nr. 172 126 mit dem Vermerk „KdF." und unter Angabe der Bundesnummer einzuzahlen.

4. Nach Eingang des KdF.-Beitrages wird dem Mitglied von der Reichsgeschäftsstelle ein Sonderausweis für die Beteiligung an der NS.-Gemeinschaft „Kraft durch Freude" zugestellt.

Reichsrechtsanwaltskammer

Zur Frage der Reisekosten der gleichzeitig beim Landgericht zugelassenen Amtsgerichtsanwälte

Bekanntmachung v. 30. Jan. 1936 — Umdr. Nr. 8/36

Die Anordnung Nr. 2 v. 23. Dez. 1935 Ziff. 2 hat zu verschiedenen Unklarheiten und Mißdeutungen Anlaß gegeben.

Wenn in der Anordnung der allgemeine Verzicht des Simultananwalts auf die gesetzlichen Reisekosten für standeswidrig erklärt worden ist, so gilt dies nur für die bar verauslagten Reisekosten, also in erster Linie die Fahrkosten für die Fahrt vom Orte der Niederlassung zum Gericht, nicht dagegen für Zusatzgebühren, wie das im § 78 RAGebO. vorgesehene Abwesenheitsgeld.

Die bar verauslagten Reisekosten sind zwar nach herrschender Ansicht vom unterlegenen Gegner nicht erstattungsfähig, ihre Berechnung gegenüber der eigenen Partei ist aber zur Vermeidung von Unterbietungen erforderlich und daher auch zuzumuten.

Gesetz und Standesanschauungen betrachten es als die Regel, daß der Prozeßbevollmächtigte am Sitze des Gerichts niedergelassen ist. An den Landgerichtsorten ist durchweg eine Zahl von Anwälten vorhanden, die zur Bearbeitung der Landgerichtsprozesse hinreicht, in den meisten Fällen sogar den Bedarf übersteigt. Die Vertretung der Rechtsuchenden vor dem Landgericht ist in aller Regel die natürliche Aufgabe dieser Anwälte, die mit dem Prozeßgericht in täglicher Berührung stehen, mit seiner Rechtsprechung vertraut sind und die Persönlichkeiten der Richter kennen. Wenn das Gesetz daneben den Amtsgerichtsanwälten die gleichzeitige Zulassung beim übergeordneten Landgericht gewährt hat, so war damit keineswegs die Überweisung sämtlicher landgerichtlicher Prozeßaufträge an diese Anwälte bezweckt. Ein Amtsgerichtsanwalt, der sämtliche aus seinem Bezirk anfallenden Landgerichtsprozesse persönlich führt, würde damit seinem eigentlichen Aufgabenbereich am Gericht seiner Stammzulassung, unter Umständen auch seiner ortsgebundenen Notariatstätigkeit, in einem unerwünschten Maße entzogen werden. Die Simultanzulassung konnte vielmehr nur den Sinn haben, dem Amtsgerichtsanwalt ausnahmsweise die Vertretung vor dem Landgericht in Fällen zu ermöglichen, wo dies aus besonderen Gründen wünschenswert erscheint.

Es ist aber nicht Sinn des Gesetzes, daß die Rechtsuchenden den Vorteil ihrer Vertretung durch den an ihrem Wohnsitz niedergelassenen Anwalt mit Simultanzulassung haben sollen, ohne die entstehenden Mehrkosten zu tragen. Beauftragt die Prozeßpartei einen Anwalt am Sitze des Landgerichts mit ihrer Vertretung, so muß sie zu seiner Unterrichtung entweder Reisen nach dem Landgerichtsort machen oder ihn durch einen Verkehrsanwalt unterrichten, wenn die eigene schriftliche Information nicht ausreicht. Wenn sich die Partei durch die Wahl eines in ihrer Nähe niedergelassenen Anwalts diese Kosten und Mühen ersparen will, so ist es nur angemessen, daß sie die dem Anwalt entstehenden Mehrkosten ohne Rücksicht auf die Erstattungsfähigkeit übernimmt.

Dr. Neubert.

Schrifttum

Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes. Vorschlag, vorgelegt von dem Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht RA. Dr. **Ferdinand Mößmer.** (Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Herausgegeben von dem Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht Reichsminister Dr. Hans Frank.) Berlin. Deutsche Rechts- u. Wirtschafts-Wissenschaft Verlags-Ges. m. b. H. 84 S. Preis brosch. 1,80 *RM.*

Bemerkung: Vgl. hierzu den Aufsatz Mößmer, Neugestaltung des Ehescheidungsrechtes oben S. 353.

Germanenrechte. Texte und Übersetzungen. (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Rechtsgeschichte, herausgegeben von dem Präsidenten der Akademie, Reichsminister Dr. Hans Frank.)

Band 6: Norwegisches Recht. Das Rechtsbuch des Gulathings. Übersetzt von Rudolf Meißner. 208 S. Preis brosch. 5,70 *RM*, geb. 6,90 *RM*.

Band 7: Schwedische Rechte (Älteres Westgötalag, Uplandslag). Übersetzt von Claudius Frhr. v. Schwerin. 256 S. Preis brosch. 6,40 *RM*, geb. 7,80 *RM*.

Weimar 1935. Verlag Hermann Böhlau's Nachf.

In der auf 10 Bände berechneten Reihe der Germanenrechte, von der bisher nur die von K. A. Eckhardt besorgten Ausgaben fränkischer Volksrechte vorlagen (vgl. meine Bespr.: JW. 1934, 3190; 1935, 112 und 2416), sind nunmehr auch die ersten Übersetzungen altnordischer Rechtsquellen erschienen. Es handelt sich nur um eine Auswahl schwedischer und norwegischer Rechte, nicht um deren gesammelte Wiedergabe. Dabei wurden die Aufzeichnungen derjenigen Rechte bevorzugt, die als die ältesten unter den zahlreichen Landesrechten angesprochen werden können und die ihre ursprüngliche Form und Sprache am besten bewahrt haben.

Für das norwegische Recht kam hiernach allein das Gulathingsbuch in Betracht, d. h. das Rechtsbuch des südwestnorwegischen Thingverbands, der im Gulathing seinen Mittelpunkt hatte. Es ist nicht bloß die älteste Rechtsaufzeichnung in Norwegen (entstanden in erster Fassung etwa 2. Hälfte des 11. Jahrh.) und die am besten und vollständigsten überlieferte (in dem sog. codex Ranzovianus zu Kopenhagen, geschrieben etwa um die Mitte des 13. Jahrh. und in einigen älteren Bruchstücken), sondern auch ein Werk, von dem der Herausgeber in der Einleitung mit Recht bemerkt, daß es „nicht nur eine Rechtsquelle ersten Ranges, sondern auch ein Denkmal von literarischer Bedeutung, norwegische Rechtsprosa" darstelle. Von den Rechtsbüchern der drei übrigen norwegischen Thingverbände — Bundesstaaten, wie sie v. Amira (Grundr. d. german. Rechts, 3. Aufl., S. 100) nennt — sind nur Bruchstücke erhalten geblieben.

Frh. v. Schwerin wählte aus den altschwedischen Rechten das ältere Westgötalag, ein in der Mitte des 13. Jahrh. entstandenes, von der königlichen Gesetzgebung noch unberührtes Rechtsbuch der im Süden Schwedens wohnenden Göten (nicht zu verwechseln mit den Bewohnern der Insel Gotland und deren Gesetzbuch, dem Gotlandslag) und das Uplandslag, das Gesetz des Königs Birghir Magnusson von 1296, das für die sog. „oberen Lande" der Schweden im engeren Sinne galt. Wenn der Bearbeiter das Westgötalag bei der Edition dem Ostgötalag, einem aus den Jahren 1285—1303 stammenden Rechtsbuch vorzog, so rechtfertigt er das damit, daß dieses an Altertümlichkeit hinter dem älteren Westgötalag zurücksteht, wenngleich es andererseits sorgfältiger durchgearbeitet und wesentlich umfangreicher erscheint. Vom Uplandslag konstatierte bereits v. Amira, daß es „quellengeschichtlich wie nach der Bedeutung seiner Heimat an der Spitze der Swea-Rechte" stehe, zumal ja dieses auch die Grundlage für die Rechts- und Gesetzbücher anderer Swea-Landschaften geworden ist.

Beide Bearbeiter haben sich auf eine Übersetzung der bezeichneten Rechtsquellen beschränkt, ohne ihr den Originaltext zur Seite zu stellen. Da die Kenntnis der nordischen Sprache in Deutschland verhältnismäßig selten ist, ganz besonders aber die altnordische Rechtssprache, in der diese Rechtsaufzeichnungen niedergelegt sind, der sprachlichen Erschließung erhebliche Schwierigkeiten bereiten, so würde es für die Zwecke, die mit der Publikation der Germanenrechte verbunden sind, wenig Sinn gehabt haben, auch den Originaltext zu bringen. Meißner warnt freilich ausdrücklich vor einer Benutzung allein der Übersetzung, soweit sie wissenschaftlicher Beschäftigung mit dem nordischen Recht dienen soll, und bezeichnet seine Über-

setzung nur als untergeordnetes Hilfsmittel für rechtsgeschichtliche Untersuchungen. Er weist, wie auch v. Schwerin, auf die Zweifelhaftigkeit der von ihm gegebenen Auslegung zahlreicher mehrdeutiger Stellen hin. Beide Herausgeber bemühen sich, den Text möglichst wortgetreu, unter Erhaltung seiner volkstümlichen, dem mündlichen Vortrag vor der Landesversammlung der Rechtsverbände dienenden Redeweise wiederzugeben. Beide Verf. suchen schwierigere Rechtsausdrücke durch Anmerkungen oder durch ein dem Text beigefügtes Glossar dem Verständnis des Lesers näherzubringen. Für die Zuverlässigkeit ihrer Übersetzung bürgt mehr als hinlänglich der Name der beiden Verf., von denen Meißner Vertreter der nordischen Philologie an der Universität Bonn ist, v. Schwerin als einer der besten Kenner der nordischen Rechtsgeschichte (ehemaliger Schüler des Altmeisters der nordischen Rechtsgeschichte, v. Amira) in der deutschen Wissenschaft gilt.

Dem mit der nordischen Rechtsentwicklung nicht vertrauten Leser mag es auffällig erscheinen, daß die schwedischen und norwegischen Rechtsquellen aus wesentlich jüngerer Zeit stammen als unsere germanischen Volksrechte. Daß das skandinavische Recht erst verhältnismäßig spät zur Aufzeichnung gelangte, hängt mit der Eigenart nordischer Rechtsentwicklung zusammen. Von starken politischen Erschütterungen blieb die skandinavische Halbinsel bis zum 9. Jahrh. im wesentlichen verschont, eine Völkerwanderung kennt man dort nicht. Es fehlen infolgedessen die Einflüsse und Berührungen mit fremden Völkern sowie die einschneidenden wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen, die unter den Stämmen der Westgermanen schon frühzeitig das Bedürfnis nach Aufzeichnung ihres Rechts auslösten. So wird der Ausspruch v. Amiras (Grundr. S. 79) begreiflich: „Unter diesen Umständen konnten ums Jahr 1000 die nordgermanischen Rechte von ihren ursprünglichen Zuständen mehr bewahren als die meisten (und uns bestbekannten) südgermanischen schon um 500." Auch späterhin gingen Veränderungen dieses durchaus bodenständigen und volkstümlichen Rechts nur organisch und bedächtig vor sich. Das Recht hat sich hier im wesentlichen mit mündlicher Überlieferung beholfen und behelfen können, gefördert durch den periodischen Vortrag (laghsaga) vor den Thingverbänden. Daher auch der Charakter mündlicher Rede, der in den späteren Rechtsaufzeichnungen festgehalten wird, die ausschließliche Benutzung der Volkssprache, ihr weder von kanonischem noch weniger von römischem Recht beeinflußter Inhalt, der durchaus das Wesen eines Bauernrechts bewahrt hat. Eine unendliche Fülle von Offenbarungen urgermanischer Rechtsbildung vermitteln diese eine so lebendige Sprache redenden Rechtsdenkmäler. Die beiden Bearbeiter haben sich das große Verdienst erworben, daß sie durch ihre Übersetzung den Zutritt zu diesen Schatzkammern auch den Rechtshistorikern und an deutsch-germanischem Volkstum interessierten Laien eröffnet haben, die bisher um der sprachlichen Hindernisse willen diese Gebiete unbeachtet zu lassen gezwungen waren.

Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

RFinR. Kennerknecht: Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz. Köln 1935. Verlag Dr. Otto Schmidt. 900 S. Preis bei Vorausbestellung bis zum Vorliegen des vollständigen Werkes 17,50 *RM*, nach Erscheinen der Schlußlieferung 22 *RM* (Leineneinbanddecke mit Mechanik).

Das — bisher in zwei insgesamt 470 Seiten umfassenden Lieferungen vorliegende — Werk ist ein Meisterstück von ganz seltenartiger Vollendung! Schon der im Jahre 1926 erschienene Kommentar des gleichen Verfassers zum KörpStG. 1925 hat sich wegen seiner Übersichtlichkeit, Klarheit und Reichhaltigkeit mit Recht größter Beliebtheit erfreut. Die nunmehrige Neubearbeitung des Gesetzes in seiner Fassung von 1934 besitzt diese Vorzüge noch in verstärktem Maße. Das ist um so bemerkenswerter, als die Schwierigkeiten der Materie inzwischen ja gewiß nicht kleiner geworden sind. Dazu gebietet die nationalsozialistische Rechtserneuerung eine besondere Vorsicht bei der in einem solchen Werk unumgänglichen Verarbeitung der zahllosen oberstrichterlichen Entscheidungen aus mehr oder minder weit zurückliegender Zeit. Alle diese Schwierigkeiten sind von Kennerknecht mit einer sicheren Überlegenheit gemeistert, die restlose Bewunderung verdient.

Als Probestück empfehle ich jedem Interessenten, nur einmal auf S. 225 ff. das Kapitel „Verdeckte Gewinnausschüttungen" zu lesen. Hier ist auf nicht weniger als 24 Seiten in übersichtlichster Anordnung und klarster Gliederung jede Seite dieses praktisch so außerordentlich wichtigen Spezialproblems mit peinlichster Sorgfalt, aber doch knapp und ohne lästige Längen geradezu erschöpfend behandelt.

Es ist sicher, daß auch der in Bälde zu erwartende (recht erhebliche) Restteil des Werkes an Güte dem bis jetzt vorliegenden Teil nicht nachstehen wird. Dann aber werden wir in diesem Kommentar eine Spitzenleistung vor uns haben, wie sie nur ganz wenigen begnadeten Meistern ihres Faches je gelingen kann.

RA. Dr. Fürnrohr, München.

Prof. Dr. Ottmar Bühler, Münster: Bilanz und Steuer. (Heft 1 der steuerrechtlichen Schriftenreihe.) 2. Auflage. Berlin 1936. Verlag Franz Vahlen. 207 S. Preis kart. 5,80 *RM*.

Mit dieser Neuauflage legt der Verf. wiederum einen Ausschnitt aus dem leider noch nicht erschienenen 2. Band seines Lehrbuches des Steuerrechts vor. Es dürfte sich um den wichtigsten und schwierigsten Abschnitt des bevorstehenden Werkes handeln, und der Verf. zeigt hier aufs neue, wie sehr Handelsrecht, Steuerrecht und Betriebswirtschaftslehre ineinandergreifen. Eines ist ohne das andere kaum zu verstehen und sicherlich nicht zu erläutern.

Überall läßt die Schrift die hohe Warte erkennen, von der aus Verf. die auftauchenden Fragen betrachtet und der Lösung näher bringt. Er hält sich von der gebotenen Kritik nicht zurück, übt aber mit Recht diese Kritik nicht nur an einzelnen Entsch. des RFH., sondern in erheblichem Umfange auch an den aus Wirtschaftskreisen hier und da gegen die Steuergesetzgebung und die steuerliche Rspr. geltend gemachten Einwendungen. Diese innere Unabhängigkeit gegenüber beiden „Parteien" sichert dem Buch seinen Wert und hoffentlich auch seinen Einfluß.

Mit erfreulicher Klarheit erörtert er eine Reihe von Fachausdrücken, die hier und da Gefahr laufen, zu Schlagworten zu werden und dadurch ihren Wert zu verlieren. So ist ihm z. B. unbedingt beizupflichten, wenn er feststellt, daß „das Wunschbild einer Einheitsbilanz für kaufmännische und steuerliche Zwecke, die gewiß eine außerordentliche Vereinfachung des Veranlagungsgeschäftes mit sich bringen könnte, auch künftig doch kaum verwirklicht werden könnte" (S. 15). Sehr lehrreich und für den „Ziviljuristen" erleuchtend sind die Ausführungen über die „dynamische Steuerbilanz" (S. 47 ff.), bei welcher er sich dem Grundgedanken von Schmalenbach anschließt, ohne ihm aber in allen Einzelheiten zu folgen.

Der Betriebswirtschaftslehre wird ihre besondere Stellung in dem „Streit" zwischen der Wirtschaft und der Steuerverwaltung zugewiesen. Er lehnt es schlechthin ab, daß „die Betriebswirtschaftslehre ... vom Pfl. in seinem Kampf mit der Steuerverwaltung grundsätzlich als stiller Bundesgenosse betrachtet werden darf", um dann kurz darauf fortzufahren, „um so wertvoller ist es dann, wenn sie in anderen Beziehungen die Beweise dafür liefert, daß bestimmte der Besteuerung zugrunde liegende Auffassungen betriebswirtschaftlich nicht haltbar sind" (S. 52).

Der wesentlichste Inhalt der einzelnen Erörterungen liegt in der Gegenüberstellung der HB. mit der StB. und der Beleuchtung der durch die Gesetzgebung und die Betriebswirtschaftslehre bedingten Übereinstimmungen und Verschiedenheiten, wie sich solche insbes. aus dem Ineinandergreifen des „Niederstwertprinzips" und des „Höchstwertprinzips" ergeben, die in strenger und gemilderter Form in beiden Bilanzen vorkommen. Allerdings könnte es zweifelhaft erscheinen, ob wirklich alle vom Verf. hervorgehobenen Verschiedenheiten der Bilanzen wirklich solche Verschiedenheiten oder Korrekturposten sind. Es dürfte sowohl für die theoretische Betrachtung wie vor allem für die praktische Durchführung zweckmäßiger sein, z. B. die bezahlten Personalsteuern und Aufsichtsratstantiemen nicht in den Gewinn der StB. hineinzurechnen, wie Verf. dies S. 55 tun will, sondern sie entsprechend der Praxis der Buchprüfungen außerhalb der Bilanz dem steuerpflichtigen Gewinn hinzuzurechnen.

Die praktisch schwierigste Frage dürfte gegenwärtig die Art und Weise der Wiederangleichung zwischen HB. und StB. sein, die ja in allen denjenigen Fällen notwendig wird, wo aus irgendwelchen Gründen die zulässigen Werte der StB. von den ebenso zulässigen Werten der HB. abweichen. Allgemeine Regeln lassen sich für diese Wiederangleichung nicht geben. Auf dem Gebiet der Absetzungen für Abnutzung führt Verf. S. 69 ff. die Rspr. des RFH. an, insbes. das bekannte Urt. v. 28. Juni 1932 (RStBl. 740), ohne indes aus diesem Urt. weitere Folgerungen zu ziehen und eine Kritik daran zu üben. Es wäre insbes. erwünscht gewesen, die Stellung des Verf. zu der Frage kennenzulernen, wie sich vom Standpunkt der Betriebswirtschaftslehre gesehen, dieses Urt. zu dem von ihm nicht angeführten Urt. v. 30. April 1934 (RStBl. 1106) verhält. Die Erörterung dieser Frage, die wohl noch den Gegenstand weiterer Entsch. des RFH. bilden wird, geht allerdings über den Rahmen dieser Buchbesprechung hinaus.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

Dr. jur. A. Ahlbäumer: Treuhandverhältnisse im Steuerrecht. (Steuerrechtliche Schriftenreihe, Heft 6.) Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. 168 S. Preis 5,60 *RM.*

Die von Prof. Dr. Bühler herausgegebene Schriftenreihe hat schon eine Reihe ausgezeichneter steuerrechtlicher Arbeiten geliefert; das vorstehende Werk von Dr. jur. A. Ahlbäumer reiht sich würdig in die Sammlung ein.

Die Rechtsform der Treuhand ist noch immer sehr umstritten, wie der tiefschürfende Aufsatz von Groschuff: JW. 1935, 3257, insbesondere 3262 beweist, der sogar so weit geht, jegliches Treuhandrechtsverhältnis zu leugnen. Das Buch von Ahlbäumer zeigt demgegenüber, welche außerordentlich große Rolle die Treuhand im Rechtsleben spielt, und wenn Groschuff als Registerrichter gerade die Tarnungsfälle, die Fälle eines Mißbrauchs der Treuhand ganz besonders häufig begegnen, so darf doch wegen solcher mißbräuchlicher Benutzung der Treuhand das ganze Institut nicht verworfen werden. Eine „Tarnung" kann durchaus erwünschten Zwecken dienen; es sei nur an die Zeit der Rüstungsbeschränkungen durch den Versailler Friedensvertrag, an Tarnungsnotwendigkeiten im Außenhandel u. a. erinnert.

Ahlbäumer zeigt in außerordentlich reichhaltigem Material die steuerrechtlichen Folgen der Treuhand. Diese Ausführungen sind mit Genuß zu lesen und bieten über ihren wissenschaftlichen Wert hinaus gerade dem in der Praxis stehenden Anwalt bei der Beratung in Treuhandfällen eine ausgezeichnete Materialsammlung. Das Steuerrecht rechnet bei der Einkommen- und Vermögensteuer grundsätzlich das Einkommen und Vermögen des Treuhänders dem Treugeber zu, aber schon hier finden sich, wie z. B. bei der Lohnsteuer, der Kapitalertragsteuer, der Aufsichtsratsabgabe, Fälle, bei denen eine Tatbestandserfüllung durch den Treuhänder die Steuer auslöst (S. 162, 164). Bei der Grunderwerbsteuer, der preußischen Grundvermögensteuer und der preußischen Gewerbesteuer andererseits ist wieder die bürgerlich-rechtliche Gestaltung maßgebend, so daß bei Übertragung des Grundstücks auf den Treuhänder dieser sowohl grunderwerb- als auch grundvermögensteuerpflichtig wird und der als Treuhänder einen Betrieb Führende selbst und nicht sein Treugeber Gewerbesteuer zu entrichten hat. Mit Fug fordert Ahlbäumer im Schlußwort nicht Abschaffung der Treuhand, wie dies Groschuff offenbar will, sondern Rechtsvereinfachung des Treuhandbegriffs, ohne den nun einmal in einem modernen Wirtschaftsrecht nicht auszukommen ist, wie dies z. B. auch das Recht des englischen Reiches mit seinem seit vielen Jahrhunderten herausgearbeiteten Trusteebegriff zeigt.

RA. Dr. Heinz Meilicke, Berlin.

Georg Niethammer: Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit im deutschen Steuerrecht. Hamburg 1935. Hanseatische Verlagsanstalt. 78 S. Preis brosch. 4,80 *RM.*

Der Verf., der auf Grund langjähriger Tätigkeit auf dem Gebiete des Steuerrechts in der Materie besonders zu Hause ist, gibt in der vorgelegten Schrift eine gerade im Hinblick auf die neue Steuergesetzgebung vom Oktober 1934 besonders begrüßenswerte Darlegung der steuerlichen Behandlung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Erfreulicherweise beschränkt er sich dabei nicht auf eine bloße Darlegung und Erörterung der einschlägigen Vorschriften allein, sondern schafft nach einem kurzen geschichtlichen Überblick in der Behandlung der Wirtschaftsform des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit und seiner Abgrenzung zur Unternehmerversicherung erst die Grundlage für eine Untersuchung der Steuervorschriften für diese Betriebsform der Versicherung.

Der Hauptteil des Buches befaßt sich dann mit einzelnen Steuerarten wie Körperschaftsteuer, Vermögensteuer, Aufbringungsumlage, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer, Versicherungssteuer, Kapitalverkehrssteuer, unter Behandlung der Einzelsteuer sowohl nach dem bisherigen Recht wie nach der neuen Steuergesetzgebung. Durch eine weitgehende Berücksichtigung der Rechtsprechung des RFH. gewinnen die Ausführungen besonders für den Praktiker und Steuerberater der einzelnen Versicherungsvereine besonderen Wert.

Bedauerlicherweise sind allerdings einzelne Fragen nicht mit der Tiefgründigkeit behandelt, die ein solches Buch erfordert, um es zu einem unbedingt zuverlässigen Nachschlagewerk zu gestalten. So ist z. B. die Besteuerung der Gewinnrücklage nach § 25 Ziff. 2 der 1. DurchfVO. z. KörpStG. vom 6. Febr. 1935 behandelt ohne auf die Bedeutung des Wortes „ausschließlich" für die Versicherungsgesellschaften weiter einzugehen, mit der einfachen Darlegung, daß die Gewinnrücklage bei der Körperschaftsteuer in Abzug gebracht werden könnte, selbst wenn durch die Satzung auch eine Heranziehung dieser Gewinnrücklagen zur Deckung von Verlusten vorgesehen sei. Das ist aber gar nicht so selbstverständlich unbestritten, wie es nach den Darlegungen des Verf. den Anschein hat; im Gegenteil stellen sich eine Reihe von Finanzämtern und bis zum Augenblick dieser Besprechung auch das Reichsfinanzministerium auf den Standpunkt, daß bei einer satzungsmäßigen Bestimmung, die die Gewinnrücklagen zur Deckung von Verlusten vorsieht, eben die Ausschließlichkeit ihres Verwendungszweckes zur Beitragsrückgewähr nicht gewährleistet sei. In der Praxis wird also eine den Darlegungen des Verf. genau entgegengesetzte Auffassung vertreten, die einzelne Versicherungsgesellschaften dazu geführt hat, ihre Satzung noch vor dem Bilanzstichtag des 31. Dez. 1935 zu ändern.

Aber abgesehen von diesen Beanstandungen wird man das Buch und seinen Inhalt in der Fachwelt gern begrüßen und dafür seine Verwendung haben.

RA. Dr. Oellers, Halle a. d. S.

Dr. Burghard Keßler, ORegR., Gruppenleiter für Verkehrssteuern am LFinA. Düsseldorf: **Wechselsteuergesetz vom 2. September 1935** nebst dem Wechselsteuergesetz vom 21. Juni 1933, den Durchführungsbestimmungen zum Wechselsteuergesetz vom 2. September 1935 und den sonstigen Vorschriften, die bei der Anwendung des Wechselsteuergesetzes in Betracht kommen. (Guttentagsche Samml. Deutscher Reichsgesetze Nr. 197.) Berlin u. Leipzig 1935. Verlag Walter de Gruyter & Co. 152 S. Preis 3 *RM.*

Dieser Kurzkommentar wird für jeden, der sich mit der in ihm dargestellten Materie befassen muß, von Wert sein. Die Darstellung ist leicht faßbar, die Sprache ist knapp und klar. Verf. bemüht sich vor allem auch, kurze Sätze zu bilden, wodurch die Verständlichkeit der Arbeit nur gewinnt. Besonders zu begrüßen ist es, daß Verf. nicht nur das geltende WechsStG. erläutert, sondern zugleich immer die Entwicklungslinie kurz skizziert. Für den Gebrauch in der Praxis ist es ferner von großem Wert, daß die Rechtsprechung des RG. und des RFH. in ausreichendem Maße Berücksichtigung gefunden hat, und daß der Verf. neben den Durchführungsbestimmungen zum WechsStG. v. 2. Sept. 1935, der Umrechnungs-VO. v. 11. Mai 1935, der VO. über benachbarte Orte im Wechselverkehr v. 26. Febr. 1934, auch den vollständigen Text des WechsStG. v. 21. Juni 1933 und einen Auszug der wesentlichsten Bestimmungen des ScheckG. v. 14. Aug. 1933 aufgenommen hat. So vereint das Werk in erfreulichem Maße die Vorzüge wissenschaftlicher Behandlungsweise des Stoffes mit denen der praktischen Brauchbarkeit.

RA. Dr. Otto Rilk, Berlin.

Dr. Dr.-Ing. Waldemar Koch: Zwecksparen und Zwecksparunternehmen. Entwicklung und Stand des Zwecksparwesens. Berlin 1935. Carl Heymanns Verlag. 482 S. Preis 16 *RM*, geb. 17,50 *RM.*

In einer fleißigen und umfangreichen Arbeit (438 Seiten) legt der Verf. in ausführlicher Weise die Geschichte des Zwecksparens bis zu ihrem Stande am 1. Juni 1935 vor, von der der Reichsbeauftragte für Zwecksparunternehmungen Mens in dem Geleitwort mit Recht von dem ersten umfassenden Werk spricht, das sich eingehend mit den Problemen des Zwecksparwesens befaßt habe. Obwohl der Verf. sich in der Arbeit mit den Zwecksparunternehmen im engeren Sinne nach dem Gesetz v. 20. Mai 1933 und mit dem so bestimmten Zwecksparwesen beschäftigen will, hat er auch das Bausparwesen behandelt, wenn auch „nur insofern und insoweit, als es für die Behandlung des Zwecksparwesens erforderlich oder angebracht ist" (S. 4). Da jedoch die Hauptprobleme im Zwecksparwesen und im Bausparwesen gleich liegen, war ein Eingehen auf das Bausparwesen sogar in erweiterter Form keineswegs unangebracht, sondern nützlich und geboten. Obwohl inzwischen die Zwecksparunternehmungen durch Gesetz v. 13. Dez. 1935 aufgelöst worden sind und neue Unternehmungen nicht mehr errichtet werden dürfen, ist dadurch die Arbeit des Verf. nicht überflüssig geworden. Abgesehen von dem geschichtlichen Interesse wird sie ihre Bedeutung wegen wesentlicher Ausführungen behalten, die wie für das Zwecksparwesen genau so für das Bausparwesen gelten, dessen Bedeutung für den Baumarkt und den Grundstückskredit noch heute anerkannt wird, für die Zukunft aber auch noch weiter anerkannt werden muß.

Dies bestätigt auch der Verf. S. 42 ff., indem er darauf hinweist, daß bis zum 1. April 1933 von 427 200 Sparern Zuteilungen von 526 644 000 *RM* ermöglicht wurden und der Anteil der Bausparkassen für die Wohnungsbaufinanzierung 1933 rund 38% und 1934 rund 40% betrug. Der Verf. geht als Dr. phil. und Dr.-Ing. von der technischen Seite her an die einzelnen Probleme heran und hatte als Wirtschaftsprüfer und als Mitglied des Beirats des Reichsbeauftragten für Zwecksparunternehmen hinreichend Gelegenheit, praktische Erwägungen anzustellen, aber auch die praktische Seite des Zwecksparwesens hinreichend kennenzulernen. Unter diesen Umständen verdienen daher besonders die wirtschaftlich-technischen Ausführungen über die Zwecksparunternehmungen als solche, ihre Gesellschaftsform, über Geschäftsplan, Rechnungswesen und Jahresabschluß (S. 147 ff.), über die Absatztätigkeit, insbes. Organisation des Außendienstes, Vertreter und allgemeine Werbung (S. 206 ff.), über die Kosten der Zweckspardarlehen, über die Kapitalversorgung der Zwecksparunternehmen (S. 349 ff. und S. 360 ff.) und über die Rentabilität der Zwecksparunternehmen (S. 420) beachtet zu werden, da sie auch im Bausparkassenwesen Bedeutung haben. Wenn der Verf. sich dann mit der rechtlichen Seite der Probleme befaßt, so werden strittige Fragen weder behandelt noch entschieden, vielmehr schließt sich der Verf. in der Hauptsache, insbes. bezüglich des Zwecksparvertrages, der Auffassung von Magnus, Das Recht des Bausparvertrages 1932, an. Von Bedeutung sind jedoch die tatsächlichen Feststellungen über den Inhalt eines Zwecksparvertrages, die der Verf. auf Grund einer Durchsicht von etwa 20 Zwecksparunternehmungen getroffen hat. In der Frage der Versicherungssteuer setzt sich der Verf. ebenfalls für ihre Beseitigung ein (S. 272 ff.). Beim Zuteilungsproblem erkennt der Verf. mit der herrschenden Meinung einen Vertragsanspruch des Sparers auf Zuteilung an, sobald dieser alle Vertragsvoraussetzungen erfüllt hat. Ebenso ist es richtig, daß die Zusage einer Kasse verbindlich ist, wenn sie zu einem bestimmten Zuteilungstermin erfolgt, obwohl eine solche Zusage mit dem Zwecksparwesen unvereinbar und technisch unmöglich ist. Rechtlich ungenau ist die Bemerkung, daß der Zwecksparer „auch den Rechtsanspruch auf Korrektheit der Zuteilungsverhandlung" habe (S. 295). Entscheidend ist und bleibt allein der vertragliche Anspruch des Sparers auf Zuteilung, den er selbst dann geltend machen kann, wenn er in Abweichung der Bestimmungen des Geschäftsplanes, also infolge unkorrekter Zuteilungsverhandlung, irgendwie übergangen oder benachteiligt wird. Mit Recht wird betont, daß die Zuteilung des Darlehns die bedeutsamste Maßregel während des Vertragsverhältnisses sei, die vom Sparer mehr als alles andere verfolgt werde. In diesem Zusammenhange muß noch erwähnt werden, daß der Verf. mit dem Reichsbeauftragten die Gutschrift von Wertziffern infolge Werbeleistungen des Sparers für unzulässig erklärt, weil hierdurch eine Bevorzugung einzelner Sparer stattfindet. Dies kann nur anerkannt werden. Das gleiche gilt für die Stellungnahme bei der Übertragung der Vertragsrechte an Dritte. Hier sieht Verf. die beste Lösung in der Schaffung eines offenen Marktes für Altverträge (S. 320 ff.). In rechtlicher Beziehung sind dann aber die Ausführungen über die Sicherung des Sparervermögens (S. 338 ff.) anzuerkennen, mit welchen unter Besprechung vorhandener Gerichtsentscheidungen kritisch Stellung genommen wird. Verf. befürwortet die Einrichtung des Treugutes im Interesse der Sparer.

Abschließend mag gerade mit Rücksicht auf die jetzt angeordnete Auflösung der Zwecksparunternehmen noch ein Wort zu dem Gemeinschaftssparen überhaupt gesagt werden. Das Zwecksparwesen im engeren Sinne befaßte sich in der Hauptsache mit der Finanzierung der Güterbeschaffung, insbes. kurzfristiger Güter, auch Verbrauchsgüter. Nach den verschiedenen Bedingungen der einzelnen Unternehmungen sollte die Anschaffung landwirtschaftlicher und gewerblicher Maschinen, sollten die Einrichtungen für Läden, Büros, Pensionen, Hotels, Badeeinrichtungen, sollte die Anschaffung von Beleuchtungskörpern, Eisschränken, Musikinstrumenten, Kraftwagen, Motorbooten, Segelbooten, Zuchtvieh u. dgl. mehr finanziert werden. (Die Zwecksparer und ihre Zwecke S. 227 ff.) Das Für und Wider hat Verf. ausreichend erörtert, insbes. die volkswirtschaftliche Bedeutung (S. 430). „An einer Herausschälung der Mängel hat es dabei nicht gefehlt", wie er selbst schreibt. Die Mängel haben die Vorteile dennoch überwogen, so daß es zur Auflösung der Zwecksparunternehmungen gekommen ist. Es seien hier nur wenige Punkte erwähnt. Teilweise entstanden unzulässige Risiken, da die Lebensdauer eines Wirtschaftsgutes kürzer war als die Tilgungszeit des gewährten Darlehns. Der Verf. selbst erklärt, im ganzen gehe die Erfahrung der Unternehmungen dahin, daß die Sicherheiten der Sparer selten wirklich ausreichend sind. Im Grunde handele es sich um einen Personalkredit, bei dem es auf Zuverlässigkeit, nachgewiesene Sparkraft und auf kleine Raten ankomme (S. 306). Man müsse sich von dem Gedanken lösen, die gesamten Kredite kollektiv ansparen zu wollen. Nur die Heranziehung von Fremdkapital könne außerdem das Problem der Wartezeit lösen bzw. beseitigen (S. 437). Voraussetzung hierfür ist dann aber wieder die volle Sicherheit der Anlage und der Liquidität, wie auch der Verf. S. 417 anerkennt. Mangels genügender Lösung der Sicherheitsfrage für Fremdkapital und Darlehnsgewährung mußte daher das Zwecksparwesen im engeren Sinne früher oder später zur Liquidierung kommen. Das alles hat aber mit der Richtigkeit der Vorgänge sonst im Wesen des Gemeinschaftssparens nichts zu tun. Unmöglichkeit, Unzuverlässigkeit und Unsolidität sind nicht notwendige Begriffe des Gemeinschaftssparens. Insbes. kann im einzelnen von keinem Schneeballsystem die Rede sein. Hierzu hat der Verf. über das Wesen des Zwecksparens S. 8 ff. eine übersichtliche Zusammenfassung gegeben. Das Gemeinschaftssparen wird daher im Gebiete des Bausparwesens nach wie vor seine Bedeutung haben, weil hier die Sicherheitsfragen realer gelöst werden können und das Bausparwesen seine große Bedeutung für den Baumarkt und die Grundstücksfinanzierung hat.

Damit dürfte das Wollen des Verf. erreicht sein, nämlich durch seine Arbeit auch einer gesunden Entwicklung des Gemeinschaftssparens die Wege zu weisen.

RA. u. Notar Dr. B. Bentzien, Rostock.

Recueil D'Etudes Sur Les Sources Du Droit. En l'honneur de **François Gény.** I. Aspects Historiques Et Philosophiques. II. Les Sources Générales Des Systèmes Juridiques Actuels. III. Les Sources Des Diverses Branches Du Droit. Paris 1934. Librairie du Recueil Sirey. 3 Bde. 1428 S. Preis brosch. 160 Fr., geb. 226 Fr.

Im Jahre 1934 sind endlich mit zweijähriger Verzögerung die Arbeiten der dreibändigen Festschrift für den Altmeister der französischen Rechtswissenschaft Prof. François Gény erschienen. Es sind, wie bei der Festschrift für Hauriou „Mélanges", wenn auch die Herausgeber sich bemüht haben, die Mitarbeiter auf Beiträge zu verpflichten, welche die Probleme der beiden Hauptwerke Génys angehen: die „Methode der Auslegung und die Quellen des Privatrechts", 1899, sowie „Wissenschaft und Technik des Privatrechts", 4 Bände, 1914—1924.

Gaudemet hat mit Recht festgestellt, daß Saleilles, der, sicher unter deutschem Einfluß, die historische Methode einführte, Geschichte und Recht verbunden hat, während Gény Philosophie und Recht wieder zur Grundlage der Arbeit am positiven Recht machte. Abgesehen von den katholischen Universitäten war ja um 1900 in Frankreich sonst von Rechtsphilosophie keine Rede. Zentralorgane des Studiums wie das „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie" oder die „Rivista Internationale di Filosofia del Diritto" gingen lange der „Revue internationale de la théorie du droit" voran; unter dem Einflusse von Gény und durch die Initiative von Gurvitch werden erst seit 1931 die „Archives de philosophie du droit et sociologie juridique" herausgegeben. Sicher legt diese Festschrift ein Zeugnis ab der Revision der Arbeitsmethoden und der Renaissance eines Naturrechts.

Aber es scheint mir bezeichnend, daß gerade diejenigen Beiträge, die vom Wesen des Rechts handeln, deutschen Gelehrten überlassen blieben. Wenn man von einer Renaissance des Naturrechts spricht, so ist natürlich nicht an eine Wiederbelebung der Theorien zu denken, sondern wie bei Gény an ein dauerndes „überrecht", wie es Lambert in der Einleitung richtig nennt. Die Artikel der amerikanischen Professoren behandeln unter dem Namen „Naturrecht" mehr die richterliche Unabhängigkeit, die „Herrschaft der Richter", während in Frankreich das Verhältnis von Recht und Moral diskutiert wird, also die nichtstaatlichen Quellen, des Rechts hervorgehoben werden. Gény hat mit seiner Unterscheidung des Gegebenen vom Konstruierten, welcher die „libre recherche" und die „technique juridique" entspricht, gegen den Fetischismus des Gesetzes, der starren Formen das positive Recht nicht mehr bloß auf das staatlich gesetzte und geschriebene Recht zurückgeführt; aber er ist nicht so weit gegangen, die Statuten autonomer Gruppen, wie im Arbeitsrecht, als Rechtsquellen zuzulassen. Jedenfalls ist die Anerkennung des Gewohnheitsrechts durchaus in der Linie der deutschen Jurisprudenz. Man kann Djuvara (Bukarest) nur zustimmen, wenn er in seinem Aufsatz: „Vernünftiges und geltendes Recht" als Tendenz des neuen „Naturrechts" angibt, wie sich das Recht in steter Lebensnähe

durch einen Prozeß fortschreitender Generalisation der Regelung des sozialen Lebens entwickelt.

Das Problem der Quellen des positiven Rechts ist außerordentlich aktuell, wie sich auch daran zeigt, daß es zum Thema des internationalen Kongresses für vergleichendes Recht 1932 und des Instituts für Philosophie des Rechts und der Rechtssoziologie 1933 gewählt wurde.

Die Beiträge sind im ersten Band zunächst rechtsgeschichtlich. Appleton (Lyon), der Senior der Romanisten, beginnt die Reihe der Studien über das römische Recht mit einer interessanten Anregung zur Geschichte der Testamentsform; das Komitialtestament sei für die Patrizier das Mittel zur Durchführung des Ahnenkultes gewesen, woraus folgt, daß zu keiner Zeit das Volk eine Kontrolle hierüber habe ausüben können (wie u. a. Mommsen behauptet hat), und daß daher der Text der 12 Tafeln: „Uti legassit ita jus esto ..." sich nicht auf das Komitialtestament, sondern auf die mancipatio familiae bezogen haben müsse. Auch die Regel „Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest" lasse sich nur aus dem religiösen Ahnenkult erklären. — In gedrängter Darstellung wirft Collinet (Paris), der bekannteste der französischen Romanisten, die Frage nach der Bedeutung des römischen Judex auf, die zu Unrecht meist bisher hinter der Frage nach der Bedeutung des Prätor und der Prudentes zurückgestellt worden ist. Da viele angesehene und bekannte Männer, wie überliefert wird, dieses Amt übernommen hatten, ergibt sich schon aus ihrem Einfluß, daß sie nicht nur Rechtsfragen, sondern auch Tatfragen entscheiden wollten. Fernand de Fischer (Gent) gibt eine kurze allgemein gehaltene Skizze des Einflusses der Rechtsgelehrten, die er auf die Idee der Auctoritas zurückführt (vgl. hierzu insbesondere das später erschienene Buch von Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 125 ff.). Die wirklich außerordentliche Rolle der Autorität, welchen den Prudentes zugebilligt wurde, ist zur Erklärung der Bildung des römischen Rechtes wichtig. — Michon (Nancy) beschäftigt sich in einer etwas abseits vom Thema liegenden Studie mit der Geschichte des Nexum, einem Lieblingsproblem der Romanistik. Indem er insbesondere auf die Bedeutung der staatlichen Geldmaßnahmen für die Praxis des Privatrechts, die im alten Rom viel größer war als in der Gegenwart, hinweist, wird diese bloße Auseinandersetzung mit Pflueger (Nexum und Mancipium, 1908) direkt aktuell. In einer gründlichen Zusammenstellung der Quellen, die sich auf den Begriff der guten Sitten beziehen, versucht Senn (Nancy) in den verschiedenen Phasen des römischen Rechts die Entwicklung von Regeln des individuellen Verhaltens zu Tendenzen allgemeinster Moral darzustellen und zu zeigen, warum im Code civil die guten Sitten und die öffentliche Ordnung wie siamesische Schwestern untrennbar verbunden sind und wie gerade umgekehrt wie im römischen Recht dem § 242 (Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) eine größere Bedeutung zukommt als dem § 138 BGB., welcher die guten Sitten im Sinne des justinianischen Rechtes auffaßt, und damit von der moralischen zu einer mehr ökonomischen Vorstellung überleitet.

Es folgen die Beiträge über das kanonische Recht, das nicht weniger Einfluß als das römische Recht gehabt hat, mehr im englischen Recht als in den Ländern des droit civil, wie sich z. B. an der Einrichtung der „Executors and Administrators" zeigt. Le Bras, der bedeutende Pariser Rechtshistoriker, schildert ganz allgemein die Bedeutung der theologischen Dogmatik und der priesterlichen Auslegung des römischen Rechts für die Geschichte des orientalischen wie okzidentalischen Rechtsdenkens. A. van Hove (Löwen) dagegen befaßt sich nur mit dem geltenden kanonischen Recht, das 1918 in Kraft getreten ist und vergleicht an Hand der Bestimmungen des Kanons die Gesetzesauslegung mit den Methoden von Gény. Hervorzuheben ist die weitgehende Zulassung des Gewohnheitsrechts durch den Kanon, die aber andererseits (was van Hove nicht sagt) die Bildung von Gewohnheitsrecht im übrigen ausschließt. Die weiteren Artikel über das Gewohnheitsrecht, wie der Beitrag von Stieber, finden sich in einem anderen Band, während eine Studie von Radin (Berkeley) folgt, die vielseitig anregend die Frage untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein Gewohnheitsrecht als unvernünftig aufgehoben werden könne. Die Forderung der Vernünftigkeit hat in der Geschichte der gerichtlichen Kontrolle über die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes in den Vereinigten Staaten eine Rolle gespielt. Radin ergänzt die Ausführungen van Hoves durch das ältere Recht, in dem das Gewohnheitsrecht die Legitimierung des Gesetzes bildete. Er streift nur das Verhältnis von Rechtsquellenlehre und Rechtsphilosophie, wobei er die kontinentalen Ohren merkwürdig klingende Behauptung aufstellt, man könne zwar von der Rechtswissenschaft zur Philosophie aufsteigen, aber nicht durch philosophische Besinnung Rechtsprobleme lösen. Er weist darauf hin, daß die Vernünftigkeit eine notwendige Eigenschaft der Rechtsgewohnheit sei, weil die Feststellung der Unvernünftigkeit nicht nur zur Aufhebung im Einzelfall, sondern zur Leugnung des Bestehens eines Gewohnheitsrechts führen müsse, ohne das Problem der Vernunft des Rechts überhaupt näher darzulegen. — Ganz kurz skizziert Valéry (Montpellier) auf Grund welcher Rechtssätze die Handelsgesellschaften seit dem alten Rom Rechtspersönlichkeit gehabt haben.

Schließlich folgt dem ersten Teil eine Reihe Untersuchungen der historischen Bildung verschiedener Gesetzgebungen durch die Aufnahme fremder Rechte, wie sie sich in der alten Geschichte der orientalischen Völker, in Groß-Griechenland und Rom und in allen Phasen der abendländischen Geschichte findet, in der fränkischen Zeit wie in der Zeit der Kreuzzüge, nach der normannischen Eroberung in England wie im Reich bei der Rezeption des französischen Rechts. Die Übernahme fremden Rechts läßt sich bis in die Gegenwart verfolgen und hat in Ägypten, der Türkei und Japan stattgefunden. Während Monti (Bari) auf Grund eingehenden Handschriftenstudiums die französischen Rechtsquellen der Gesetzgebung des Hauses Anjou in Sizilien darstellt, schildern Ebulula und Samin (Stambul) die interessanten Rechtsquellen des türkischen Privatrechts, das nicht nur auf dem Koran und der Rechtsfindung Mohammeds, sondern auch auf einstimmig geäußerten Rechtssprüchen von Gelehrten aus der gleichen Generation sowie (streitig) auf den gesetzlichen Analogien beruhe. Im zweiten Teil behandeln sie das neue türkische Recht, das bekanntlich das Schweizer Recht rezipiert, insbesondere wegen der darin dem Richter gelassenen großen Selbständigkeit der Rechtsfindung.

Der zweite Teil des ersten Bandes behandelt, wie gesagt, die Grundlegung der Rechtsphilosophie. Der verstorbene deutsche Strafrechtslehrer Beling spricht in einer außerordentlich fesselnden und klar geschriebenen Arbeit über „Die Rechtswissenschaft, ihre Funktion und ihre Grenzen". Ausgehend von dem Gedanken, daß der Jurist sich davor hüten müsse, alles in das juristische Netz einzufangen und unjuristisches Gedankengut in die Rechtswissenschaft einströmen zu lassen, versucht er die Rechtswissenschaft abzugrenzen von den Nachbargebieten. Das rechtswissenschaftliche Denken unterscheidet sich zunächst von der Rechtserkenntnistheorie, welche den Rechtsbegriff klärt. „Das Recht enthüllt sich als eine psychologisch-emptrische Realität, als ein Komplex derjenigen Norminhalte, die der Willensrichtung der tonangebenden Schicht entsprechen" (S. 151). Zugleich ist ein Zugang zur Rechtsquellenlehre gewonnen, indem als Rechtsquelle die Volksüberzeugung, genauer gesagt, die Überzeugung der in einem Volke maßgebenden Personen erscheint. Diese erteilen dem Gesetz und der Gewohnheit, Rechtsquellen, die mit der Volksüberzeugung nicht identisch sind, Blankovollmacht. „Aber niemals dankt die tonangebende Schicht zu ihren Gunsten derart ab, daß nunmehr nur Gesetz und Gewohnheit das Feld beherrschen." Die unmittelbare Rechtsquelle der Volksüberzeugung trete immer dann hervor, wenn diese mittelbaren Quellen eine Lücke lassen. Als die zweite Hälfte der Rechtsphilosophie wird die Rechtswertphilosophie angegeben, die Frage nach dem Wert des Rechts und dem Bestehen einer Rechtsidee, an welcher die geltenden Rechtsordnungen gemessen werden. Eigentlich ist schon diese Wertbetrachtung ein Gebiet der Ethik, aber das Recht, von dem innerhalb der Ethik die Rede ist, ist nicht das Recht im juristischen Sinne. Zwar soll das Normensystem, das der Tugendlehre wie der Rechtslehre zugrunde liegt, in seiner logischen Struktur der Rechtsordnung gleichen, aber das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Ethik ist durch die gegenseitige Unabhängigkeit bestimmt. Schließlich stellt Beling die Frage nach der richterlichen Tätigkeit. Hier ist hervorzuheben, daß er nicht die Meinung vertritt, der Richter schaffe Recht; eine rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters sei nur insoweit möglich als ihm die Rechtsordnung dazu ein subjektives Recht verleiht.

Jahrreiß (Leipzig) hat sich für diese Festschrift das allgemeinste aller juristischen Themen gewählt, indem er auf knapp 20 Seiten „Das Recht" behandelt. Das Eindringen in den wissenschaftlichen Gehalt dieses Artikels wird leider durch den manierierten Stil erschwert (Beispiel: „Und Herrschaft konstituiert Recht, herrschaftskonstituierendes und anderes Recht. Aber dabei erinnern wir uns, daß konstituieren hier so viel heißt wie Versuch zu konstituieren" S. 172). Einleitend stellt Jahrreiß fest, daß uns in der Theorie ein ewiges Streiten unter der Flagge Sein = Sollen hemmt, weil mehrere Probleme und Gegensätze damit verdeckt werden. Auf Grund einer besonderen „Berechenbarkeitslehre" wird nun soziale Ordnung, Herrschaft und Verfassung sowie das Rechtsetzungsexperiment erklärt. Das Setzen des Rechts ist ein Spezialfall des sozialen Ordnens und setzt normalerweise eine soziale Ordnung voraus, die darin besteht, daß die kommenden Ereignisse sich aus den bisherigen mit Wahrscheinlichkeit berechnen lassen. Die Erfahrungsregeln werden zugleich als Faktum und als Norm angenommen! Das soziale Ordnen selbst kann generell

oder speziell, kann Versprechen oder Befehl sein; es kann auch Ermächtigungen zur Abgabe von Versprechen und zur Erteilung von Befehlen enthalten. Die generelle Ermächtigung zur Erteilung von Befehlen begründet Herrschaft, und die auf Grund der Ermächtigung erteilten Befehle sind die Akte der Rechtssetzung. Jahrreiß definiert das Recht als „Normen, die Herrschaft konstituieren, und solche, die von dieser Herrschaft konstituiert werden" (es ist wenig glücklich, daß hier das gleiche Wort „konstituieren" innerhalb desselben Satzes verschieden gebraucht wird). Das Recht zerfällt also in zwei verschiedene Gruppen. Die erste Gruppe, das herrschaftskonstituierende Recht, ist das Verfassungsrecht, das die Fragen beantwortet, wem kommandiert wird, wer kommandiert, und wie kommandiert wird. Aber es gibt neben dem inneren Verfassungsrecht auch ein äußeres Verfassungsrecht; das Völkerrecht ist das äußere Verfassungsrecht der Gemeinschaft der souveränen Herrschaftsverbände. — Die Setzung des Rechts ist nur ein Versuch, die soziale Ordnung zu vervollkommen; ob dieser Versuch gelingt, hängt davon ab, daß die gesetzten Rechtsregeln zu Normen der sozialen Ordnung in dem eingangs erläuterten Sinne werden. Um dies zu erreichen, kann der Gesetzgeber entweder den ihm unterworfenen Personen einzureden versuchen, er habe nur bereits vorhandene Normen in Form gebracht; oder er kann sich „mit dem Schein der unangreifbaren Autorität" des Volkes oder einer Gottheit umgeben. Im übrigen kann und soll er sich auf das mögliche beschränken, Willkür vermeiden und der Rechtsanwendung gelegentlich freies Ermessen lassen.

Der Innsbrucker Rechtsphilosoph Karl Wolff handelt von dem Rechtsbegriff. Ihn bewegen dieselben Probleme wie Jahrreiß: die Überbrückung des Gegensatzes von Sein und Sollen, von Souveränität und Völkerrecht. Stilistisch ist er ganz im Gegensatz zu Jahrreiß hyperabstrakt und von unnötiger Kompliziertheit der Terminologie. Der erste Terminus ist die Anmerkbarkeit. Anmerkbarkeit ist gegeben, wenn ich einem Menschen sein inneres Verhalten nach seinem äußeren Verhalten anmerken kann. Der zweite Terminus ist die Zusinnbarkeit. Sie ist (soweit ich Wolff verstehe) die für jeden beliebigen Menschen vorhandene Anmerkbarkeit, also für jeden, der nur die äußeren Umstände, aber nicht die Individualität dessen, dem man etwas anmerkt, kennt. Insbesondere sind Wünsche zusinnbar. Dritter Terminus: die Bestimmung. „Verhält sich A. so wie es B. zusinnbar ist, so liegt Bestimmung vor. A. ist der Bestimmte, B. der Bestimmer." Viertens: „Verhält sich A. regelmäßig, wie es B. zusinnbar ist, so ist Leitung gegeben. A. ist der Geleitete, B. der Leiter." Kann der Leiter den Geleiteten zur Gefolgschaft zwingen, so liegt Herrschaft vor. Kann keine äußere Macht die Herrschaft aufheben, so ist eine souveräne Herrschaft gegeben. „Recht ist dann das dem Souverän im Rahmen seiner Souveränität erklärt Zusinnbare." Souveränität bedeutet noch nicht Unabhängigkeit: „Der Scheik eines freien Nomadenstammes in der Wüste ... ist souverän, wenn er auch eine Missionsschule besucht, um sich höhere Bildung anzueignen, und von den Lehrern dieser Schule geleitet wird." Dadurch, daß Wolff die Souveränität des Herrschers in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff bringt, drückt er aus, daß auch das Gewohnheitsrecht eine Rechtsetzung durch den souveränen Herrscher ist; es ist „schlüssige Willenserklärung" im Gegensatz zu der „ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzgebers". Zum Schluß betont Wolff, daß „Recht und Staat Begriffe des pulsierenden Lebens, nicht papierne Begriffe irgendeiner Stubenweisheit" sind.

Faßt man die drei rechtstheoretischen Aufsätze deutscher Sprache zusammen, so muß man in erster Linie bedauern, daß sämtliche drei Gelehrten sich darauf beschränkt haben, das Persönlichste ihrer individuellen Lehren darzustellen, anstatt in diesem für die internationale Benutzung bestimmten und geeigneten Sammelwerk das allgemeinere Gedankengut der deutschen Rechtsquellenlehre in faßlicher Weise zunächst darzustellen. Es wäre gut gewesen, wenn der französische Leser sich ein Bild von den Problemen hätte machen können, die die deutschen Gelehrten heute bewegen: von der Überwindung des Neukantianismus, von der Entwicklung der Lehre vom Gewohnheitsrecht seit Puchta, insbesondere von dem Einfluß der großartigen Rechtsquellenlehre Gierkes (Deutsches Privatrecht Bd. I). Während der Aufsatz Belings gehaltvoll ist (nur leidet sein Verständnis durch die schlechte Übersetzung ins Französische, für die Beling nicht verantwortlich war), bleibt Jahrreiß in Allgemeinheiten und Wolff in Besonderheiten stecken.

Der Straßburger Professor des öffentlichen Rechts Carré de Malberg führt in einem leicht geschriebenen Aufsatz über das „Objekt der Rechtswissenschaft" aus, daß die Rechtswissenschaft sich nur mit dem geltenden Recht zu befassen habe; dies seien die Normen, hinter denen der staatliche Zwangsapparat stehe. Ohne das Bestehen eines Naturrechts leugnen zu wollen, meint Carré de Malberg doch, daß die Frage, ob das geltende Recht mit den Grundsätzen des Naturrechts übereinstimme, nicht von einem jeden, sondern auch wiederum nur von den staatlich dazu ausersehenen Organen gestellt werden dürfe. Wenn man die Rechtsschöpfung durch den Richter der Rechtssetzung durch den Staat entgegensetze, so übersehe man, daß der Richter, wo er rechtsschöpferische Funktionen habe, diese ebenfalls vom Staat übertragen erhalte.

In einem nach Form und Inhalt gleich vorzüglichen Vortrag stellt der Basler Gelehrte Simonius dar, wie alles Recht, gesetztes und Gewohnheits- und Völkerrechtsvertragsrecht, in gleicher Weise durch die opinio necessitatis, das ist die Erwartung von Zwangsmaßnahmen für den Fall der Nichtbefolgung, seinen Charakter als Recht erhält. Der Aufsatz ist voll von wertvollen Einzelgedanken, und enthält vor allem viel Richtiges über die Begrenztheit der staatlichen Rechtssetzungsmacht einerseits, ihre Ausdehnbarkeit über die Grenzen des Naturrechts und über die inhaltliche Anerkennung durch die Rechtsunterworfenen andererseits.

In einer kurzen Skizze schildert Boucaud (Lyon) die psychologischen Quellen des Rechtes, wie sich die menschlichen Gemeinschaften durch die Freiheit des Bewußtseins von den Tieren abheben.

Im zweiten Band wird zunächst der Einfluß der Theorien Génys in verschiedenen Ländern behandelt: von Wortley (Birmingham) in England, von Franklin (Neuorleans) in den Vereinigten Staaten und von Vasilesco (Cernauti) in Rumänien. Der Aufsatz von Wortley ist interessant, indem er die richterliche Praxis beleuchtet, z. B. die starre Auslegung der Gesetze und der Rechtsgeschäfte und viele Beispiele für die Anwendung veralteter Gesetze in neuestens ergangenen Urteilen gibt.

Del Vecchio, der bekannte Rechtsphilosoph der Universität Rom, stellt die Frage nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Der Gesetzgeber und mit ihm die herrschende Doktrin wollen diese Grundsätze nur höchst subsidiär, wenn weder ein Gesetz noch eine Gesetzesanalogie möglich sei, anwenden; in Wahrheit aber sind sie immer zu beachten, außer wenn sie gegen das Gesetz sind, als Elemente des Rechts, aus denen das Gesetz zu verstehen ist und die innerhalb und oberhalb des gerechten Gesetzes Geltung haben. Wie findet man diese Rechtsgrundsätze? Aus dem System als Ganzen — daher die Idee der Kodifikation — und vor allem aus dem Naturrecht. Was Del Vecchio mit diesen Darlegungen meint, zeigt er an dem Beispiel des römischen Sklavenrechts einerseits, das ungerecht war, in dem aber, soweit es nicht gegen das Gesetz war, eine Verpflichtung des Sklaven sich „naturaliter" entwickelte, nach dem Naturrechtsgrundsatz nämlich, daß die Menschen vor dem Gesetz gleich sind, an dem Beispiel der Verträge Minderjähriger andererseits, die, soweit gesetzlich möglich, den Verträgen Volljähriger gleich behandelt werden, sobald „tatsächliche Geschäftsfähigkeit" vorliegt.

Fuller (University of Illinois) schildert, wie im anglo-amerikanischen Recht Reformen oft vorsichtig durch die Einführung von Rechtsvermutungen, Rechtsverwirkungen (estoppel) und Fiktionen gemacht werden. Statt z. B. die Haftung für vorsätzliches Unrecht einfach auf fahrlässiges Verhalten auszudehnen, erreicht man dasselbe Ergebnis, indem man gegen den fahrlässig Handelnden eine Vermutung vorsätzlichen Handelns schafft. Die Gründe hierfür liegen in dem konservativen Geist (conservatism) des anglo-amerikanischen Rechts. Oft beruht dieser Geist einfach auf taktischen Erwägungen, wo eine offene Reform nicht durchführbar wäre. Oft auf Gründen der Bequemlichkeit (zu diesem Punkt setzt sich Fuller mit den Lehren Savignys und Iherings auseinander). Manchmal ist er auch „emotional" zu verstehen, d. h. aus dem Willen zum Beharren des Rechts, was Fuller eine Selbsttäuschung nennt. Schließlich kann die Rechtsschöpfung durch Fiktionen durch den Richter auf intellektueller Unfähigkeit beruhen, in dem Sinne, daß der Richter nicht schöpferisch genug ist, um eine ganz neue Regelung zu geben und sich daher an das Bestehende anklammert. — Für den deutschen Leser ist der intellektuelle Kritizismus dieses Artikels, der ohne Sinn für Geschichte verfaßt ist, und der daher an der Oberfläche bleibt, um so unverständlicher, als der Artikel zweifellos mit Klugheit und auf Grund reiflicher Überlegung geschrieben wurde. Xavier Janne (Lüttich) behandelt die Frage der Rechtsquellen vom Gesichtspunkt der Pädagogik, indem er zeigt, wie notwendig es ist, auch in den Ländern des römischen Rechts, sich als Hilfsmethode der amerikanischen case-method zu bedienen.

Eigentlich sollten die Studien über die „freie wissenschaftliche Forschung" als Rechtsquelle hier folgen. Gény hat diese Rechtsschöpfung gefordert, weil er den Begriff der echten Rechtslücke an-

erkennt, die auf keine andere Weise gefüllt werden kann als durch die Wissenschaft schöpferischer Juristen. In diesem Sinne hat Kokourek von der Rechtsschule in Chikago unter historischem Hinweis, der bis auf die Byzantiner und Glossatoren zurückgeht, sowie durch kurze Darstellungen der bedeutenden amerikanischen Juristen für die amerikanische Rechtsprechung offen erklärt, es sei eine allgemein als solche erkannte Fiktion, daß der Richter nur Recht auslege und nicht schöpferisch Recht setze.

Ebenso lesenswert ist der Aufsatz von Dickinson (Pennsylvania) über das Problem der nicht vorgesehenen Fälle, der sich gegen das Dogma der Lückenlosigkeit des common law wendet. Auch die Beiträge von dem Richter Hutcheson über das intuitive Urteil sowie von Prof. Rogers (Colorado) bestätigen weitgehend die Notwendigkeit freier Rechtsschöpfung, wie sie Desserteaux (Dijon) in treuer Nachfolge Génys entwickelt. Die Gefahr der juristischen Definitionen und die Notwendigkeit ihrer Abstufung nach dem Grade der Präzision und Wirksamkeit stellt Maranca (Bari) fest. Ricca-Barberis (Turin) gibt eine Monographie über die ungerechtfertigte Bereicherung in dem Entwurf des französisch-italienischen Obligationenrechts und kritisiert eine der „idées-forces juridiques", die vom römischen Recht überkommen sind. Ich gehe auf die Arbeit von Simmonet (Nancy) über die letztwillige Verfügung unter Auflage und die Arbeit von Sanhoury (Kairo) über den juristischen „Standard", das System der Rechtswissenschaft auf der Grundlage der Sozialwissenschaft, also der Anpassung des Rechts an die wechselnden Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens, nicht weiter ein. Von besonderem Interesse erscheint mir der Betrag von Delpech (Straßburg) über die Reste früherer Rechte, vor allem einiger Formen des Kollektiveigentums. Die Fortdauer solcher Institutionen erscheint durchaus legitim als historische Gegebenheit, trotzdem der code civil den Anspruch erhebt, alle früheren Gesetze und Gewohnheiten beseitigt zu haben.

Die Hauptsache des zweiten Bandes liegt in der Darstellung der Gesetzgebung in ihrem Verhältnis zu den anderen Rechtsquellen. Der Herausgeber Lambert hebt mit Recht hervor, daß es in der juristischen Mentalität liegt, das Recht zu ausschließlich in seiner Anwendung im Prozeß zu betrachten, und daß auffälligerweise eine Quelle des positiven Rechts, der staatliche Zwang, nicht behandelt wird. Das scheint mir daran zu liegen, daß in Frankreich im Gegensatz etwa zu Deutschland und Italien der Anteil der Staatsorgane an der gesetzgeberischen Arbeit gering war. Das ganze Gebiet des Arbeitsrechts, das doch mannigfache Anregungen für eine neue Auffassung der Quellen des Rechts hätte bieten können, fällt aus, und so beschränkt sich denn die Darlegung wiederum nur auf Gesetz, Gewohnheit und Vertrag.

Henri Capitant ist der anerkannte Führer der heutigen Pariser Zivilistenschule und wohl der angesehenste französische Jurist. Er wendet sich gegen die in Frankreich in der Literatur allgemein übliche Heranziehung der Vorarbeiten der Gesetzgebung zur Erörterung von Auslegungsproblemen, genau so wie es Kohler seinerzeit mit Erfolg in Deutschland getan hat. Er stützt sich vor allem auf das Beispiel Englands, um darzulegen, daß die Autorität des Gesetzes durch die Berücksichtigung seiner Vorgeschichte leidet. Nebenbei ist nun zu sagen, daß Gierkes Lehre (Deutsches Privatrecht I) nur in der französischen Wiedergabe bei Saleilles und Gény zitiert und also mißverstanden wird, und der Verf. zu dem Urteil kommt, das juristische Kollektivbewußtsein, das Volksbewußtsein, sei eine vage und dunkle Vorstellung.

Radbruch behandelt dasselbe Thema und gelangt zu demselben Ergebnis in bezug auf die Auslegung des Gesetzes. An dem Unterschied der Aufsätze von Capitant und Radbruch kann man die ganze Verschiedenheit der Methoden der Wissenschaft studieren. „Wie ein Schiff bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschriebenem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter der Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht", mit diesem Bilde erklärt Radbruch, wie sich das Gesetz von der Auslegung durch die Gesetzesgeschichte notwendig befreit und ein eigenes Dasein und Geschick hat. Wie die Bibelworte immer neu interpretiert und das Werk des Dichters losgelöst von der Biographie zu erfassen versucht wird, so handelt es sich auch darum, die Tragweite des Gesetzes, weit über die Absichten der Gesetzesverfasser hinaus, zu sehen; denn alles, was wir tun und sagen, wird eingefügt in einen unendlichen Sinnzusammenhang.

Ein langer und — teils unfreiwillig aufschlußreicher Aufsatz von Fowler Vincent Harper (Indiana) behandelt den juristischen Pragmatismus in Amerika. Es wird verheißungsvoll angekündigt, daß die a priorischen Voraussetzungen abgeschafft werden sollen oder, wie der Verf. selbst weniger philosophisch erklärt, daß aller klassische Quatsch verschwindet („all classic rubbish of the immutability of moral laws and inherent right"). Es folgt eine Geistesgeschichte des Pragmatismus, die schließlich in eine breite journalistische Schilderung der Nichtbeachtung der Gesetze durch die Richter ausmündet. Es erweist sich, nicht ohne Enttäuschung für den Leser, daß dieser Pragmatismus sich eigentlich darin erschöpft, Recht nur in denjenigen Gesetzen zu erblicken, deren Anwendung sich ernstlich in der Öffentlichkeit durchsetzt. Aber auch hier setzt der Verf. hinzu: „No law is observed or respected as law!"

Louis Josserand, der bisherige Dekan der Lyoner Fakultät und trotz seiner vielfach von der herrschenden Lehre abweichenden Meinungen einer der geachtetsten französischen Zivilisten, behandelt die in der französischen Wissenschaft der letzten Jahre brennendsten Einzelfragen des Vertragsrechts unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Erweiterung des Vertragsrahmens und seiner Bedeutung für das Rechtsleben. Zweifeln mag man, ob diese Erweiterung, wie Josserand einleitend behauptet, uns wirklich von den Grundgedanken des römischen Obligationenrechts entfernt. Unzweifelhaft ist jedoch diese Erweiterung selbst. Besonders behandelt Josserand die Frage der Nebenverpflichtung, für die persönliche Sicherheit des Vertragsgegners zu sorgen (obligation de sécurité), die sich in Frankreich mangels gesetzlicher Vorschriften, insbesondere für das Transportrecht, im Wege der Rechtsprechung durchgesetzt hat. Treu dem alten Prinzip der Freiheit des Parteiwillens im Obligationenrecht, befreundet sich Josserand aus rein theoretischen Gründen nicht mit dieser Rechtsprechung, da diese dem wirklichen Parteiwillen keine Rechnung trage und „juristischen Etatismus" erweise. Man sieht hier, wie auch in anderen zivilistischen Fragen (z. B. in der Frage der angeblichen Formfreiheit — absence de formalisme — des französischen Obligationenrechts), daß die praktische Entwicklung des Rechts in Frankreich der theoretischen Erfassung darum weit vorausgeeilt ist, weil die Theorie die Entwicklung nicht mitmachen will und starr an dem Gedankengut des Rechts der französischen Revolution festhält.

Außerordentlich lesenswert ist der Artikel von Georges Ripert, dem sicherlich bedeutendsten lebenden französischen Privatrechtler. Ripert behandelt ein dem Thema Josserands verwandtes Gebiet. In Frankreich gibt es keine dem § 139 BGB. entsprechende Vorschrift; entweder ist ein Vertrag gültig und dann nach Art. 1134 „la loi des parties" oder er ist nach Art. 6 nichtig. Ripert führt nun aus, wie die immer zunehmende Erstreckung der Gesetze auf ökonomisches Gebiet, deren Entwicklung er großartig schildert — eine Regelung der Nichtigkeitsfrage unumgänglich macht; sei es, indem man eine „nullité relative" schafft, auf die sich nur die Partei berufen kann, deren Interessen gesetzlich geschützt sind, sei es im Wege der Unabdingbarkeit der gesetzlich vorgeschriebenen Vertragsklauseln, sei es im Wege einer dem § 139 BGB. entsprechenden oder ähnlichen Form. Neben diesem technischen Problem aber, so führt Ripert aus, besteht noch das viel tiefer liegende Problem der Berechtigung dieser im einzelnen reglementierenden Tätigkeit des Gesetzgebers. Im Gegensatz zu Josserand bedient sich Ripert, zu ihrer Bekämpfung, nicht veralteter Begriffe, sondern zeigt, wie das Gesetz an inhaltlichem Wert verliert, wenn der Gesetzgeber anfangen muß, zu rechnen (wie bei den Gesetzen zum Schutz einzelner Handelszweige und den Mieterschutzgesetzen), wie derartige Gesetze sich sehr oft an den Erfordernissen des internationalen Verkehrs stoßen (wie die Währungs- oder Transporthaftungsgesetze), wie ferner das Gesetz alle Achtung bei den ihm unterworfenen Personen verliert, wenn es sich den ökonomischen Bedürfnissen einzelner Interessengruppen oder der Gesamtheit so anpaßt, daß es immerwährend geändert werden muß und „die Verträge stabiler werden als die Gesetze".

Rotondi setzt in einer kurzen Studie auseinander, wie sich Billigkeitsrecht und Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze dadurch grundlegend voneinander unterscheiden, daß ersteres die größte Konkretisierung auf den Einzelfall, letzteres die größte Abstrahierung von demselben darstellt.

Damit schließe ich die Besprechung dieses Bandes, der leider nicht in einem systematischen Sinne wirklich einen vollständigen Überblick über Rechtsquellen und Rechtsprechung gibt, da nicht alle Sachgebiete, wenn auch alle Länder, zur Sprache kommen.

Man kann nicht verlangen, daß Festgaben einen systematischen Charakter haben, es ist schon sehr viel, wenn die Freunde und Schüler eines großen Gelehrten die Fruchtbarkeit seines Wirkens in der Mannigfaltigkeit der Anwendung zeigen. Unter diesem Gesichtspunkt ist gerade der dritte Band besonders aufschlußreich. Die Studien über die Quellen des Rechtes werden auf das Verfassungs- und Verwaltungs-, das Finanz- und Wirtschaftsrecht, aber auch auf das Strafrecht und die verschiedenen Sparten des Rechts zwischen den Staaten ausgedehnt. Wie bei allen Samm-

lungen sind natürlich die Aufsätze von verschiedenem Wert und Interesse. Die beiden Arbeiten über Verfassungsrecht französischer Gelehrter von Rang wie „das ungeschriebene Verfassungsrecht" vom jungen René Capitant (Straßburg) und die beiden Studien über die Verwandtschaft des französischen Verwaltungsrechts mit dem französischen Zivilrecht bringen dogmatisch nichts Neues, aber die Stellung von Georges Renard (Nancy) im Unterschied von dem heute ausgesprochen katholisch eingestellten André Hauriou (Toulouse), ist interessant durch die Stellungnahme zum Problem der Einheit von privatem und öffentlichem Recht überhaupt; ebenso ist der Beitrag von R. L. Mott (Chikago) bemerkenswert für die Behauptung der legislativen Unbestimmtheit, die sich im angelsächsischen Kreis aus der Hervorhebung der Naturrechte ergibt.

Es folgen Finanz-, Wirtschafts- und arbeitsrechtliche Aufsätze. Trotabas (Nancy) gibt eine gute Vorstellung des Formalismus in der alten Tradition des französischen Steuerbeamtentums, während z. B. John Commons (Wisconsin) in origineller Weise Génys Methode auf das Problem des Zusammenhangs von Wirtschaft und Recht anwendet und dabei aus seiner reichen Erfahrung mit praktischem Sinn die amerikanische Elastizität der Wirtschaftsgesetzgebung darstellt. Gerade dieser Aufsatz ist besonders wertvoll, weil er mehr wie üblich auch Material angibt und die durchaus originelle Behandlung des Wirtschaftsrechts in einer der fortgeschrittenen Universitäten des Mittel-Westens, im Staate Wisconsin, in Verbindung mit den Theorien der Schule von Nancy setzt. Es ist unter anderem auch die eingehende Untersuchung des italienischen Gelehrten Rovelli (Mailand) über den kollektiven Arbeitsvertrag als Rechtsquelle, sei es der obligatorische, sei es der normative Vertrag, zu erwähnen; entsprechend der katholischen Auffassung von Korporation wird für den Vertrag die juristische Vertretung als notwendig erklärt und damit wird der Charakter der Norm gegenüber dem staatlichen Zwang besonders hervorgehoben. In dem arbeitsrechtlichen Teil findet sich auch eine Studie des Pariser Prof. Rouast über das Berufsrisiko, in welcher scharfsinnig und überzeugend, der meines Wissens im deutschen Recht auch noch nicht vorhandene Gedanke entwickelt wird, daß die Haftung des Arbeitgebers für Betriebsunfälle nicht auf der Idee der (irgendwie gearteten) Gefährdungshaftung, sondern auf einer Befehlshaftung (risque d'autorité) beruht: „Es ist eine Idee so alt wie die Welt, daß derjenige, der befiehlt, die Folgen für die Ausführung seiner Befehle hat oder haben soll." Meines Erachtens ist das Problem der Haftung für Befehle in Deutschland zu Unrecht nur von der strafrechtlichen Seite gesehen worden, und ein deutsches Gegenstück (besser noch: eine rechtsvergleichende Erweiterung) des Rouastschen Aufsatzes wäre zu wünschen.

Lehrreich ist die kleine Studie des bekannten englischen Professors für Rechtsvergleichung Gutteridge (Cambridge) über Lord Mansfields rechtsvergleichenden Instinkt. Die strafrechtlichen Abhandlungen beginnen mit einer Skizze des tschechischen Prof. Stieber über den Strafrichter als Gesetzgeber, welche historisch sehr schön die Begrenzung des freien Ermessens erklärt. Der brillant geschriebene Aufsatz von Cuche (Grenoble) gegen Gény! ist ein kleines Meisterstück, er zeigt wie eine allgemeingültige inhaltliche Definition des Verbrechens sich nicht geben läßt, weil es mit der Sanktion zusammenhängt (vgl. die Definition von Liszt) und das jeweilige Strafrecht maßgeblich von der politischen Einstellung bestimmt wird. Der Empirismus herrscht bei der Wahl der Regeln wie bei dem Maß der Strafen. Der Artikel des japanischen Prof. Ono über die Quellen des Strafrechts gibt mehr eine Übersicht, während Battaglini (Pavia) die Frage des Rekurs auf die Moral ausführlich erörtert. Von besonderem Interesse für den deutschen Leser ist die Darlegung von Gégout über die wörtliche Interpretation der Strafgesetze. Das Prinzip „nulla poena sine lege", das seit dem Strafgesetz von 1810 unverbrüchliche Regel in Frankreich ist, schließt gerade die freie Auslegung aus. Die Bedingung dieser Restriktion ist die Garantie der sonst gefährdeten Freiheit des einzelnen oder besser der Sicherheit des einzelnen vor Mißbrauch und Willkür bei der Anwendung der Strafgesetze. Der Verf. verwirft ausdrücklich das seither in Deutschland geltende Prinzip, wonach die Verurteilung allgemein auf Zuwiderhandlung gegen das Gemeinwohl, ohne besonderen Gesetzestext gestützt werden könne, wobei er sich des Begriffs der Rechtsanalogie bedient, der für das Strafrecht nicht anwendbar ist. Gleichwohl will er dem Richter dieselben Auslegungs- und Fortbildungsmittel wie im Zivilrecht an Hand geben, das argumentum a fortiori und das argumentum e contrario; er gibt zu, daß der französische Richter sich weniger an die streng restriktive Auslegung gehalten hat als der deutsche, z. B. ist die Ausdehnung der Diebstahlsvorschriften auf die Entwendung von Elektrizität ohne weiteres vorgenommen worden. Im Hinblick auf die kümmerliche Behandlung des Problems in der französischen Rechtsliteratur ist der Aufsatz, besonders durch die Fülle der Beispiele, sehr belehrend.

Die völkerrechtlichen Studien beginnen mit der Arbeit von Baumgarten (Basel) über die Unzulänglichkeit der Norm „pacta sunt servanda" als naturrechtlicher Quelle des Völkerrechts. „Wie man immer über die praktische Bedeutung dieser Quellenstelle denken mag, ihr theoretisches Interesse ist unbestreitbar." Aber dabei wird zugegeben, daß diese Norm nur in der Mehrzahl der Fälle ausgeführt wird und die Geltung des Völkerrechtes einigermaßen bedenklich ist. Es handelt sich eben um eine Auffassung von keineswegs nur staatlichen Willenserklärungen als „schwerfaßbaren Manifestationen eines in seinen Anfangsstadien befindlichen internationalen Rechtsbewußtseins der zivilisierten Menschheit". Der Charakter der Rechtsverpflichtung ergibt sich aus dem Ordnungsprinzip, daß wer ein gesittetes Zusammenleben will, eine Friedensordnung, den Autoritäten Gehorsam leisten muß, die den Frieden garantieren. Die Ausführungen, die an sich einleuchten, bedürften einer ausführlichen Darlegung gerade unter dem Gesichtspunkt der Staatenordnung. Edwin M. Borchard (Yale), dessen sich die Berliner Juristen noch aus seiner ausgezeichneten Vorlesung aus dem Jahre 1925 über amerikanisches Verfassungsrecht entsinnen werden, schreibt einen langen Aufsatz über Theorien und Quellen des Völkerrechts. Auch er behauptet, daß Völkerrechtspflichten einem Staat ohne seine Zustimmung auferlegt werden können. Den Hauptteil seines Aufsatzes bildet ein ausführlicher Kommentar, mit Kritik, zu Art. 38 des Haager Statuts. Le Fur, der bekannte französische Völkerrechtler und Rechtsphilosoph, beschränkt sich auf zwei der in Art. 38 genannten Quellen: das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die er einer sorgfältigen Analyse unterzieht.

Politis, als Gelehrter der französischen Jurisprudenz zuzurechnen, behandelt sehr anregend ein wichtiges und wenig erörtertes Thema: die Auslegung internationaler Verträge. In einer eleganten Form unternimmt er als praktischer Diplomat zu unterscheiden zwischen Verträgen des Völkerrechts, die den Verträgen Privater ähneln, und gesetzesartige Vereinbarungen des Völkerrechts (Traités-Contracts und Traités-Lois). Diese immer zahlreicher werdenden Vereinbarungen können nur wie interne Gesetze ausgelegt, d. h. nach allgemeinen Grundsätzen ergänzt werden, wo sie eine Lücke lassen, während jene Verträge ja nur da anzuwenden sind, wo eine ausdrückliche Regelung getroffen ist.

Am Schlusse des völkerrechtlichen Teils stehen drei weitere Aufsätze, von Verdroß, de Visscher und Scelle, welche alle ebenfalls in der Hauptsache Art. 38 untersuchen. Es ist bedauerlich, daß die fünf Analysen des genannten Artikels (mit Ausnahme dessen von Le Fur) nicht untersuchen, was nun eigentlich die Haager Rechtsprechung aus dem Art. 38 inhaltlich herausgezogen und wie sie ihn benutzt hat. Man hat den Eindruck, als ob Theorie und Praxis des Völkerrechts — mit Ausnahme weniger Gelehrter, wie Anzilotti und Bruns — noch weit voneinander entfernt sind.

Das internationale Privatrecht ist nicht vertreten; es findet sich unter dieser Überschrift vielmehr nur ein Aufsatz von Lorenzen über die Regeln des amerikanischen interterritorialen Bundesrechts: Im allgemeinen werden die interterritorialen Konflikte zwischen den Einzelstaaten der USA. nach dem Recht des entscheidenden Einzelstaates gerichtet; es gibt aber einige Regeln über interterritoriale Konflikte, die man aus der Bundesverfassung entnehmen kann.

Die letzte Abteilung, über Rechtsvergleichung, bringt zunächst einen Beitrag des hervorragenden Basler Gelehrten K. Wieland, der sich scharf gegen die Schaffung eines einheitlichen Weltrechts ausspricht und an dem Beispiel des Wechselrechts zeigt, wie eine Abdankung des Gesetzgebers der einzelnen Länder zugunsten internationaler Konferenzen bestenfalls eine scheinbare Rechtseinheit erzeugt, die infolge der verschiedenen Auslegung und Anwendung der Gesetze in den einzelnen Vertragsstaaten praktisch nicht zu wirklicher Rechtseinheit führt. Die nationale Verschiedenheit bricht immer wieder hindurch: „Noch immer wird die Lehre der historischen Schule wahr bleiben, daß das Recht Ausfluß des Volksbewußtseins ist." Der abschließende Aufsatz des Herausgebers Lambert (Lyon) knüpft an den Wielandschen Beitrag an. Lambert ist der hervorragendste französische Vertreter der Rechtsvereinheitlichungsideen. Er gibt zu, daß die Wielandschen Bedenken gerechtfertigt sind, aber führt aus, daß sie sich gegen die Vereinheitlichung durch Gesetze richten, während eine anderweite Vereinheitlichung nach seiner Meinung dauernd im Wachsen ist: insbes. die Vereinheitlichung der Rspr. (vgl. das Arbeitsrecht) und der Handels- und Industriebräuche (von Lambert droits corporatifs genannt).

Dr. jur. H. Henning Pfafferott,
Deutscher Rechtsanwalt, Paris.

Rechtsprechung

Nachdruck ohne vorherige Genehmigung der Schriftleitung nicht gestattet

Reichsgericht: Zivilsachen

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

1. § 242 BGB.; AufwG. Ist eine vertragliche Regelung der Haftung für künftig entstehende, persönliche Aufwertungsansprüche in dem Sinne, daß auch sie vom Käufer zu übernehmen sei, nicht getroffen worden, so geht das Aufwertungsrisiko zu Lasten des Aufwertungsschuldners.

Auf dem Grundstück, das jetzt dem Bekl. gehört, standen für die Kl. vier Darlehnshypotheken aus der Friedenszeit, deren persönlicher Schuldner B. war. Dieser verkaufte das Grundstück i. J. 1922 an den tschechischen Fabrikbesitzer K., der die Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis für den — nach Kaufabschluß eingetretenen — Fall übernahm, daß der Hypothekengläubiger der Rücknahme des Kapitals Schwierigkeiten bereiten sollte. K., der als Eigentümer eingetragen wurde, kündigte die Hypotheken und zahlte sie im Nov. 1923 an den Gläubiger in Papiermark aus. Durch Vertrag v. 21. Jan. und 9. Febr. 1925 verkaufte K. das Grundstück an R., dessen Gesamtrechtsnachfolger der Bekl. ist. Nach dem Inkrafttreten des AufwG. meldete der Kl. die Hypotheken zur Aufwertung bei der Aufwertungsstelle an, und zwar gegen B. als persönlichen Schuldner und gegen R. als dinglichen Schuldner. Beide Schuldner legten Einspruch ein. R. bestritt seine Aufwertungspflicht unter Berufung auf gutgläubigen Erwerb und drang vor dem Prozeßgericht gegenüber der Klage des Gläubigers auf Feststellung der Aufwertungspflicht mit diesem Einwande durch. Im Laufe des gegen den persönlichen Schuldner fortgesetzten Aufwertungsverfahrens teilte dieser auf Grund einer mit dem Kl. getroffenen Zwischenvereinbarung dem Kl. die Schuldübernahme durch K. mit, und der Kl. genehmigte die Schuldübernahme, jedoch nur als kumulative. Der Kl. wandte sich darauf an K., forderte ihn zur Abtretung seiner Ausgleichsansprüche gegen R. an ihn auf und ließ, als diese Aufforderung keinen Erfolg hatte, seine Aufwertungsanmeldung auch dem K. als seinem persönlichen Schuldner zustellen. Sodann klagte er gegen K., der gegen die Anmeldung Einspruch nicht erhoben hatte, auf Zahlung des Aufwertungsbetrages. Auf Grund des gegen K. erwirkten rechtskräftigen Versäumnisurteils ließ sodann der Kl. wegen dieser Forderung die angeblich seinem Schuldner K. gegen den Bekl. auf Grund des § 242 BGB. und des Kaufvertrages zustehenden Ausgleichsansprüche pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Mit der Klage verfolgt der Kl. diese Ausgleichsansprüche.

Das BG. verneint den Ausgleichsanspruch mit der Begründung, daß sich weder aus dem Kaufvertrage eine Übernahme der nachträglich entstandenen persönlichen Aufwertungsverpflichtung des Verkäufers K. durch den Käufer R. in Ansehung der gelöschten Hypotheken des Kl. herleiten lasse noch daß nach den Umständen des Falls ein den Ausgleich rechtfertigender Verstoß gegen Treu und Glauben vorliege.

Ist eine vertragliche Regelung der Haftung für künftig entstehende persönliche Aufwertungsansprüche in dem Sinne, daß auch sie vom Käufer zu übernehmen sei, nicht getroffen worden, so geht nach der Rspr. des RG. (RGZ. 112, 329 = JW. 1926, 1803; RGZ. 119, 137 = JW. 1928, 886; RGZ. 121, 58 = JW. 1928, 1813; RGZ. 124, 167 = JW. 1929, 2519; AufwRspr. 6, 64, 412, 434; JW. 1927, 1412; 1932, 945) das Aufwertungsrisiko zu Lasten des Aufwertungsschuldners. Wie der Kaufvertrag ergibt, rechneten die Vertragsparteien bei Kaufabschluß bereits mit der Möglichkeit, daß der auf Grund des § 11 der 3. Steuer-NotVO. damals noch geltende Rechtszustand, der die Aufwertung vorbehaltlos gelöschter Hypotheken ebenso ausschloß, wie die Aufwertung der ihr zugrunde liegenden persönlichen Forderungen bei vorbehaltloser Entgegennahme der Zahlung, durch künftige Gesetzgebung geändert werde. Der Verkäufer K. hatte es daher in der Hand, sich gegen eine solche Änderung der Gesetzgebung zu seinen Ungunsten dadurch zu sichern, daß er sich vom Käufer auch die Übernahme etwa künftig gegen ihn entstehender persönlicher Aufwertungsverbindlichkeit ausbedang. Das ist nicht geschehen. Hieran ändert der Umstand nichts, daß K. in der notariellen Annahmeverhandlung v. 9. Febr. 1925 erklärt hatte, daß Aufwertungsansprüche gelöschter Hypothekengläubiger gegen ihn persönlich nicht geltend gemacht werden könnten, da die Hypotheken von seinen Vorbesitzern zurückgezahlt seien; denn wenn hieraus auch darauf geschlossen werden könnte, daß er es nur aus diesem Grunde unterlassen hatte, sich gegen eine künftig entstehende Aufwertungslast durch eine Übernahmevereinbarung mit dem Käufer zu sichern, so ist doch festzustellen, daß die erwähnte Erklärung des K. nicht den Tatsachen entsprach; denn nicht der Vorbesitzer B. hat die Hypotheken zurückgezahlt, sondern K. selbst, nachdem er die Hypotheken gekündigt hatte. K. hatte daher bei dem Weiterverkauf des Grundstücks an R. damit zu rechnen, daß er auf Grund der mit B. vereinbarten Erfüllungsübernahme diesen von einer etwa künftig eintretenden persönlichen Aufwertungsverpflichtung gegenüber dem Kl. zu befreien haben werde, und er mußte weiterhin auch mit der Möglichkeit rechnen, daß der Gläubiger nach Mitteilung der Schuldübernahme diese genehmigte und er dadurch persönlicher Schuldner des Aufwertungsanspruchs des Kl. wurde. Wollte er diese Gefahr nicht auf sich nehmen, so hätte er im Vertrage mit R. auch die persönliche Aufwertungslast diesem ausdrücklich auferlegen müssen (RG.: JW. 1932, 1201). Es ist nur eine Folge seiner unrichtigen Erklärung und Unachtsamkeit, wenn er dies unterließ. Den Käufer traf keine Schuld, wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben seines Verkäufers ebenfalls nicht dafür Sorge trug, daß die Frage, wer die persönliche Aufwertungslast zu tragen hätte, im Vertrage ausdrücklich zu seinen Gunsten geregelt wurde. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn K. bei dieser Sachlage die Folgen seiner Unachtsamkeit, wenn nicht gar bewußten Tatsachenentstellung, auf den Käufer abwälzen könnte (RG. v. 27. April 1931, VI 568/30). Schon aus diesem Grunde muß jeder Ausgleichsanspruch des K. entfallen. Es rechtfertigt sich damit die von den Vorinstanzen ausgesprochene Klageabweisung, ohne daß es der Prüfung bedurfte, ob der Ausgleichsanspruch nicht auch wegen eines spekulativen Einschlags des Grundstücksumsatzgeschäftes des Ausländers K. zu verneinen wäre (vgl. RGEntsch. v. 20. Febr. 1935, V 331/34).

(U. v. 18. Okt. 1935; V 33/35. — Berlin.) [v. B.]

*

2. §§ 459, 460, 476 BGB. Anforderungen, die im redlichen Verkehr an die Aufklärungspflicht eines Hausverkäufers gestellt werden müssen. Den Befall von Holzteilen mit einem zerstörenden Pilz ist, auch wenn es sich nicht um echten Hausschwamm handelt, ein Mangel, der den Entschluß des Käufers zum Erwerb eines Hauses beeinflußt.

Der Kl. kaufte von den Bekl. das Grundstück P.straße 10 in W. Die Gewährleistung für Fehler und Mängel des Kaufgegenstandes wurde ausgeschlossen. Wenige Wochen nach der Übergabe zeigten sich im Wohnhaus feuchte Stellen und Pilzbildungen. Nachforschungen ergaben umfangreiche Zerstörun-

gen des Holzwerkes. Der Kl. fordert deshalb Wandelung des Kaufvertrages und Rückzahlung von 3000 *RM*. Er behauptet, das Haus sei schon beim Kauf schwammverseucht gewesen. Die Bekl. hätten den Fehler gekannt, ihn aber arglistig verschwiegen.

Das BG. hat festgestellt, daß das Wohnhaus schon beim Kauf in weitem Umfang von einem holzzerstörenden Pilz befallen war. Es hat ohne Rechtsirrtum angenommen, daß bei dem Umfang der Verheerungen ein erheblicher Mangel des Hauses i. S. des § 459 BGB. vorgelegen habe, möge es sich nun um echten Hausschwamm oder um einen anderen holzzerstörenden Pilz, wie Trockenfäule, gehandelt haben. Gleichwohl ist das BG. zur Abweisung der Klage gelangt, weil nicht bewiesen sei, daß die Bekl. den Mangel arglistig verschwiegen hätten (§ 476 BGB.).

Nach den Feststellungen des BG. hat der Kl. vor oder bei Abschluß des Kaufvertrags den bekl. Ehemann gefragt, ob Schwamm im Hause sei, und zur Antwort erhalten: Das Haus sei von dem Baumeister E. einmal auf Schwamm untersucht worden, dieser habe aber nichts gefunden; das Haus sei einwandfrei. — Das BG. hat nicht verkannt, daß diese Antwort unrichtig, und zwar bewußt unrichtig war. Denn E. *hatte* etwas gefunden, und das Haus war *nicht* einwandfrei. Der von E. erhobene Befund hatte Rotfäule an einem Balken ergeben und das dem Kl. zum Kauf angebotene Haus war deshalb nicht fehlerlos. Auch ein Mangel, der den Wert der Kaufsache oder ihre Tauglichkeit zum Gebrauch nur unerheblich mindert, ist ein Mangel. Gewährleistungsansprüche vermag er freilich bei vollzogenem Kauf nach Gefahrübergang nicht auszulösen (§ 459 Abs. 1 S. 2 BGB.); bis dahin aber kann er, und zwar namentlich für den Entschluß des Käufers, die Sache überhaupt oder zu dem vom Verkäufer geforderten Preis zu erwerben, von Bedeutung sein. Das BG. hat gleichwohl der Unrichtigkeit der gegebenen Antwort kein Gewicht beigelegt.

Das BG. hat aber die Anforderungen unterschätzt, die im redlichen Verkehr an die Aufklärungspflicht eines Hausverkäufers gestellt werden müssen. Der Befall von Holzteilen mit einem zerstörenden Pilz ist, auch wenn es sich nicht um den echten Hausschwamm handelt, regelrecht ein Mangel, der den Entschluß des Käufers zum Erwerb des Hauses beeinflußt. Das ist dem Verkäufer im allgemeinen auch bekannt. Die Bekl. hätten deshalb schon ungefragt dem Kl. nicht nur die Vornahme einer Untersuchung, sondern auch deren positiv ausgefallenes Ergebnis mitteilen müssen. Erst recht bestand eine Mitteilungspflicht, nachdem der Kl. durch seine Frage nach Vorhandensein von Schwamm die Bedeutung der Abwesenheit dieses Mangels für seine Entschließung bekundet hatte. Die Bekl. haben nun aber durch die Antwort, das Haus sei auf Schwamm untersucht, den Kl. mit einer halben Wahrheit abgefunden. Daß die Untersuchung den Befall eines Balkens mit einem holzzerstörenden Pilz ergeben hatte, haben sie ihm verschwiegen, obwohl seine Frage keineswegs gerade auf den echten Hausschwamm zugespitzt gewesen war. Darüber hinaus haben die Bekl. durch die Behauptung, die Untersuchung habe nichts ergeben, das Haus sei einwandfrei, dem Kl. schlechthin die Unwahrheit gesagt. Daß sie durch Namhaftmachung des Baumeisters E. dem Kl. die Möglichkeit einer Nachprüfung gaben, kann sie vor dem Vorwurf der Arglist nicht schützen. Die Bekl. haben dem Kl. eine Erkundigung bei E. nicht etwa nahegelegt, sondern ihn durch eine unwahre Darstellung des Untersuchungsbefundes von solcher Erkundigung geradezu abgehalten. Denn der Kl. konnte und sollte ihre Mitteilung doch wohl dahin verstehen, daß er ihrer Versicherung über die Abwesenheit von Schwamm trauen dürfe, weil diese Versicherung nicht ohne Unterlagen, sondern auf Grund einer Untersuchung durch einen Fachmann, den in W. bekannten Baumeister E., gegeben werde. Wenigstens hat das BG. bislang nicht festgestellt, daß die Erklärung der Bekl. in anderem als diesem nächstliegenden Sinne gemeint gewesen ist. Bei arglistigem Verhalten der Bekl. würde selbst grobe Fahrlässigkeit des Kl. — zu finden etwa in dem Unterlassen jeder Erkundigung — ihm seinen Gewährleistungsanspruch, der auch nicht verjährt wäre (§§ 477 Abs. 1, 195 BGB.), nicht genommen haben (§ 460 S. 2 BGB.).

Das angefochtene Urteil kann hiernach nicht aufrechterhalten werden.

(U. v. 23. Okt. 1935; V 10/35. — Naumburg.) [v. B.]

*

3. § 775 BGB. *Nur derjenige Bürge hat den Befreiungsanspruch aus § 775 BGB., der sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, oder der damit nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechte eines Beauftragten erwirbt; dem Auftrag steht nach fast einhelliger Ansicht die entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB.) hier gleich.*

Unzutreffend ist aber die Meinung, daß fast jede Bürgschaft im Interesse des Hauptschuldners übernommen werde, und daß daher, wenn man das genügen lasse, kaum Fälle übrigblieben, in denen der Bürge keinen Befreiungsanspruch habe. Allerdings ist es bei einer *Kreditbürgschaft* kaum anders denkbar, als daß der Bürge sich im Interesse des Hauptschuldners verbürgt, für den die Kreditgewährung ja in der Regel gerade davon abhängt, daß sich jemand bereit findet, die Bürgschaft zu leisten. Aber es gibt außer der Kreditbürgschaft noch zahlreiche andere Bürgschaftsfälle und darunter auch solche, in denen an der Bürgschaft zwar der Gläubiger, aber nicht der Hauptschuldner Interesse hat. Auch setzt weder der Auftrag noch die Geschäftsführung ohne Auftrag, auch wenn daraus die Rechte eines Beauftragten entstehen sollen, schlechthin voraus, daß der Beauftragte oder Geschäftsführer *nur* das Interesse des Auftraggebers oder Geschäftsherrn verfolge. Wie bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung kann damit sehr wohl die Verfolgung eines eigenen Interesses zusammentreffen.

(U. v. 3. Okt. 1935; VI 95/35. — Oldenburg.)

*

4. §§ 1568, 1571 BGB.

1. *Beharrliche Trunksucht ist eine schwere Eheverfehlung.*

2. *Es genügt nicht, die ehelichen Verfehlungen beider Ehegatten für sich zu betrachten und die Schwere einer jeden festzustellen, sondern es ist das zeitliche Verhältnis der beiderseitigen Verfehlungen zu ermitteln und zu prüfen, ob und in welcher Richtung zwischen ihnen ein ursächlicher Zusammenhang besteht.*

3. *Die Ausschlußfrist des § 1571 BGB. läuft erst von dem letzten Betätigungsfall der Trunksucht an.*†)

Die Bekl. ist von 1925 bis Ende 1928 erheblich dem Trunk ergeben gewesen. Beharrliche Trunksucht ist nach der Rspr. des RG. als schwere Eheverfehlung i. S. des § 1568 BGB. jedenfalls dann anzusehen, wenn nicht unter Umständen das eigene Verhalten des anderen Ehegatten eine mildere Beurteilung rechtfertigt.

Der Kl. seinerseits hat sich dauernd des Ehebruchs schuldig gemacht. Das BG. erachtet aber durch dieses ehebrecherische Verhalten des Kl. die Bekl. nicht für entschuldigt. Die Bekl. habe auch dann, wenn die Ehe durch die Schuld des Kl. zerrüttet gewesen sei, keinen Freibrief zu eigenen Verfehlungen erhalten. Es läßt unentschieden, ob die Bekl. durch das Verhalten des Kl. ans Trinken geraten sei, oder ob umgekehrt der Kl. durch die Trunkenheit der Bekl. zum Ehebruch veranlaßt worden sei. Auch wenn die Bekl. erst durch das ehebrecherische Verhalten des Kl. zum Trinken getrieben worden ist, ist das BG. der Meinung, daß dem Kl. wegen dieser beharrlichen Trunksucht der Bekl. die Fortsetzung der Ehe mit ihr nicht zugemutet werden könne. Hiergegen richtet sich mit Recht der Angriff der Rev. Die von der Bekl. stets behauptete Tatsache, daß sie nur aus Kummer und Verzweiflung über die fortgesetzte eheliche Untreue des Kl. in Trunksucht verfallen sei, bedurfte der Prüfung. Wenn sich diese Behauptung der Bekl. als wahr erweisen sollte, so würde die zur Entsch.

der Zumutungsfrage erforderliche Abwägung des beiderseitigen Verhaltens der Parteien zu einem anderen Ergebnis führen können als demjenigen, zu welchem das BG. gelangt ist. Es genügte nicht, die ehelichen Verfehlungen der einen oder anderen Seite für sich zu betrachten und die Schwere einer jeden derselben festzustellen, sondern es war erforderlich, das zeitliche Verhältnis der beiderseitigen Verfehlungen zu ermitteln und zu prüfen, ob und in welcher Richtung zwischen ihnen ein ursächlicher Zusammenhang bestand. In dieser Beziehung waren von jeder der Parteien ganz bestimmte Behauptungen aufgestellt. Es war für die Entsch. erheblich, die sich widersprechenden Darstellungen der Parteien aufzuklären, und es war daher notwendig, die darüber angebotenen Beweise zu erheben. Sollte nach Durchführung der weiteren Beweisaufnahme sich ergeben, daß es nicht möglich ist festzustellen, wer von den beiden Parteien den Anlaß zu den Eheverfehlungen des anderen gegeben hat, so würde diese Ungewißheit sich zum Nachteil des Kl. auswirken. Denn der Kl. hat den tatsächlichen Verlauf, aus dem er seinen Scheidungsgrund herleitet, in seinem vollen Umfange darzulegen; er hat darzutun und zu beweisen, daß auf der beklagten Seite eine so schwere Eheverletzung vorliegt, daß ihm die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Er hat zu diesem Zweck die Entschuldigungsgründe auszuräumen und zu widerlegen, die von der Bekl. geltend gemacht werden, um eine mildere Beurteilung ihres Verhaltens zu rechtfertigen. Den Kl. trifft die Beweislast dafür, daß trotz des von ihm nicht bestrittenen Ehebruchs die Zusammenhänge in zeitlicher und ursächlicher Beziehung so liegen, daß die Verfehlungen der Bekl. für ihn als unzumutbar erscheinen müssen.

Das BG. erklärt die Tatsache, daß die Bekl. seit der im Nov. 1928 erfolgten Trennung der Parteien keine Spur von Alkoholismus mehr gehabt habe, für unerheblich. Maßgebend für die Entsch., ob die Voraussetzungen des § 1568 BGB. gegeben seien, sei zwar der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung; daraus folge aber nicht, daß ein ehewidriges Verhalten, welches die Ehe zerrüttet hat, deshalb seine Bedeutung als Scheidungsgrund verliere; insbes. höre Trunksucht nicht auf, einen Scheidungsgrund zu bilden, weil nachträglich eine Besserung eingetreten sei; dem Kl. sei trotz der eingetretenen Besserung nicht zuzumuten, die Ehe mit der Bekl. fortzusetzen. Die Rspr. des RG. geht dahin, daß, wie für die sonstigen Voraussetzungen des § 1568 BGB., so auch für die Entsch. der Zumutbarkeit der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BG. maßgebend ist. In diesem Zeitpunkt und schon lange zuvor hat sich keine Spur von Alkoholismus mehr bei der Bekl. gezeigt. Diese nachhaltige Abkehr der Bekl. vom Trinken darf bei der Prüfung der Zumutungsfrage nicht außer Betracht bleiben. Eine andere Frage aber ist es, ob das im Zustande der Trunkenheit von der Bekl. gezeigte Verhalten geeignet war, die eheliche Gesinnung des Kl. soweit zu zerstören, daß ihm trotz Abkehr der Bekl. vom Alkohol die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann (WarnRspr. 1932 Nr. 203). Die Entsch. hängt auch hier davon ab, ob die während des Zusammenlebens der Parteien von der Bekl. gezeigte Trunkfälligkeit unentschuldbar aus sich heraus sich entwickelt hat, oder ob das ehewidrige Verhalten des Kl. Anlaß und Ursache dafür gewesen ist, daß die Bekl. damals ans Trinken gekommen ist.

Die in § 1571 BGB. festgesetzte Frist zur Erhebung der Scheidungsklage ist gewahrt. Der Scheidungsgrund, von dessen Kenntnis an nach § 1571 BGB. für den Kl. die Frist zur Erhebung der Scheidungsklage zu laufen beginnt, ist nicht der dem Kl. bereits seit längerer Zeit bekannte Hang der Bekl. zum Trinken, sondern die Betätigung dieses Hanges durch Handlungen, also durch die einzelnen Trunkenheitsfälle und Trunkenheitsvorkommnisse. Diese Trunkenheitsfälle sind in den letzten sechs Monaten vor der am 25. Nov. 1928 erfolgten Trennung der Parteien vorgekommen. Die Entsch. des RG. 68, 134 = JW. 1908, 275 steht, wie der letzte Absatz dieser Entsch. (S. 126) erkennen läßt, ebenfalls auf dem Standpunkt, daß die Ausschlußfrist des § 1571 erst von dem letzten Betätigungsfalle der Trunksucht an zu laufen beginnt; es kommen dabei, wie jene Entsch. ausführt, freilich nur solche Betätigungsfälle in Betracht, für die die Bekl. verantwortlich ist.

(U. v. 10. Okt. 1935; IV 123/35. — Köln.) [L.]

Anmerkung: Das Hauptgewicht der Entsch. ruht auf der Behandlung der Zumutbarkeitsfrage des § 1568 BGB. Sie ist eines der meistumstrittenen Probleme des geltenden Scheidungsrechtes geworden infolge der Irrwege, die die höchstrichterliche Rechtsprechung beschritten hat. Nach dem Wortlaut des § 1568 „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ... eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann" müßte für die Frage, ob einem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann, zunächst entscheidend sein die Tiefe der ehelichen Zerrüttung: Je schwerer das Verschulden des anderen Ehegatten, je tiefer die dadurch bewirkte Zerrüttung, desto weniger zumutbar die Fortsetzung der Ehe! Von dieser so selbstverständlichen Auslegung des Gesetzes hat sich aber die Rechtsprechung des RG. abdrängen lassen zu einer Rechtsauffassung, die geradezu zum gegenteiligen Ergebnis führt. Es ist noch verständlich, wenn nach Ansicht des RG. nicht die einzelne Verfehlung für sich allein, sondern wenn die gesamten ehelichen Verhältnisse bei Prüfung der Zumutbarkeit berücksichtigt werden. Bedenklicher schon ist es, wenn die eigene eheliche Gesinnung des Scheidungsklägers in die Waagschale geworfen wird; zu unhaltbaren Ergebnissen aber kann es führen, wenn die eigenen ehelichen Verfehlungen des Scheidungsklägers mit herangezogen werden. Letzten Endes bedeutet dies nicht mehr und nicht weniger, als daß ein Ehegatte, der selbst gefehlt hat, mit seinem Verschulden gegen das Verschulden des anderen Ehegatten aufrechnen kann wie etwa zwei sich gegenüberstehende Forderungen miteinander aufgerechnet werden können. Je größer die beiderseitige Schuld wird und je tiefer die dadurch hervorgerufene Zerrüttung, desto geringere Aussicht auf Scheidung einer solchen Ehe! Jeder Scheidungsanspruch eines Ehegatten wird schon bei seiner Entstehung im Wege der Aufrechnung vernichtet, und dabei begnügt sich die Rechtsprechung nicht etwa damit, gleichartiges und gleichwertiges Verschulden gegeneinander abzuwägen und ihre ursächlichen und zeitlichen Zusammenhänge nachzuprüfen, selbst bei ihrer Art nach grundverschiedenen Verfehlungen wird „im Interesse der Aufrechterhaltung von Ehen" von dieser Aufrechnung Gebrauch gemacht. So ist es nicht zu verwundern, wenn kürzlich ein LG. die Klage des Mannes, die auf dauernde Vernachlässigung der Erziehungspflicht der beklagten Ehefrau gegenüber dem einzigen ehelichen Sohn gestützt war, mit der Begründung abgewiesen hat, es sei dem Kl. die Fortsetzung der Ehe zuzumuten, weil er sich selbst vorher eines Ehebruchs schuldig gemacht habe.

Im vorl. Fall stellt das RG. hauptsächlich auf die zeitlichen und ursächlichen Zusammenhänge ab. Diese Erwägung ist richtig, wenn sie der Feststellung dienen soll, inwieweit auf den beiderseitigen Verfehlungen die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses beruhen und ob dem einen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe im Hinblick auf die Tiefe der durch das anderseitige Verschulden bewirkten Zerrüttung zugemutet werden kann. Das RG. will aber offensichtlich den Scheidungsanspruch des Kl. davon abhängen lassen, ob die den Scheidungsgrund bildende Trunksucht des Bekl. durch sein eigenes Verhalten verursacht worden ist, ob ihm also die Fortsetzung der Ehe angesichts seiner eigenen Schuld zuzumuten ist. Hierin liegt der Mangel der Entscheidung. Sie kann zu einem durchaus unbilligen Ergebnis führen. Würde sich nämlich auf Grund der weiteren Erhebungen ergeben, daß nicht das ehebrecherische Treiben des Kl. für die Trunksucht der Bekl., sondern umgekehrt die Trunksucht der Bekl. für den Ehebruch des Kl. ursächlich war, so könnte sich der Kl. seinerseits niemals auf diese zeitlichen und ursächlichen Zusammenhänge berufen, falls die Bekl. die Scheidung der Ehe aus seinem Verschulden begehrt, weil er sich ja eines Ehebruchs, also eines unbedingten

Scheidungsgrundes schuldig gemacht hat, der den Richter nicht nur der Pflicht, sondern sogar des Rechtes enthebt, nachzuprüfen, ob der Bekl. die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann. Bei Vorliegen eines unbedingten Scheidungsgrundes muß die Ehe geschieden werden lediglich deshalb, weil der Gesetzgeber ihm die ehezerstörende Wirkung ein für allemal unterstellt hat. Schließlich spricht der Umstand, daß die Prüfung der ursächlichen und zeitlichen Zusammenhänge überhaupt ausgeschlossen ist, wenn auf beiden Seiten unbedingte Scheidungsgründe vorliegen, daß in diesem Fall der Kl. sich nicht darauf berufen kann, er habe seinen Ehebruch nur begangen, weil ihm vorher die Bekl. die eheliche Treue gebrochen habe, zwingend dafür, daß der Gesetzgeber für die Zumutbarkeitsfrage des § 1568 nicht entscheidend sein lassen wollte, ob der Kl. selbst gefehlt hat, sondern ob die eheliche Zerrüttung in ihrer ganzen Tiefe auf dem schuldhaften Verhalten des anderen Ehegatten beruht. Mit vollem Recht weist UniversProf. Dr. H. A. Fischer, Breslau (Familien- und Erbrecht S. 23) darauf hin, daß „wir jedenfalls für jene Ausmündung des individualistischen Schuldgedankens, die Eheleute durch Aufrechterhaltung der Ehe zu bestrafen, weil sie beide schuldig sind, weil ihnen also die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann, heute kein Verständnis mehr haben". Dem steht natürlich nicht entgegen das eigene Verhalten des Scheidungsklägers für die Feststellung der ehelichen Zerrüttung selbst heranzuziehen. So ist Haff (Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2 Familienrecht S. 58) zuzustimmen, wenn er meint, „es müßte auch untersucht werden, ob nicht aus der freieren Auffassung der betr. Parteien auf eine stillschweigende Verzeihung zu schließen ist". Anzuerkennen sind auch die Ausführungen des RG. (JW. 1927, 1193), wonach „der Kl. nach seinem Verkehr mit der D. es hinnehmen muß, wenn ihm von seiner Frau Eifersuchtsszenen ... gemacht werden", wenn das RG. damit sagen will, daß die Vorwürfe der Frau lediglich den unmittelbaren Ausfluß der durch den Ehebruch des Kl. bewirkten Zerrüttung darstellen.

Im übrigen erscheinen die Ausführungen des RG. zu § 1571 sowie über die Bedeutung einer späteren Abkehr der Bekl. von ihrer Trunksucht bedenkenfrei, vom Standpunkt des geltenden Rechts aus betrachtet.

RA. Dr. Ferd. Mößmer, München.

*

5. § 1836 BGB. Vergütung für Beistand und Pfleger. Umfang der zu vergütenden Tätigkeit. Unter Vermögen ist das Aktivvermögen ohne Abzug von Schulden zu verstehen.

Nach dem Tode des Vaters ist der Mutter auf ihren Antrag am 27. Juni 1932 der RA. X. als Beistand für die Ausübung der elterlichen Gewalt über das Kind unter Übertragung der Vermögensverwaltung gem. § 1693 BGB. bestellt worden. Er hat zusammen mit der Mutter ein Verzeichnis des Nachlasses des Vaters aufgestellt. Dann ist er am 2. Mai 1933 auch zum Pfleger des Kindes zwecks Vertretung bei der Auseinandersetzung über den Nachlaß bestellt worden. Die Auseinandersetzung hat derart stattgefunden, daß das Kind den zum Nachlaß gehörigen Viertelanteil an einem Berliner Grundstück, die Mutter aber die sonstigen Nachlaßgegenstände erhalten hat. Durch Verfügung v. 30. Jan. 1935 ist sodann die Beistandschaft aufgehoben worden.

Das VormGer. hat dem Beistande für seine Tätigkeit bis einschließlich 1934 eine Vergütung von 400 *RM* bewilligt. Auf die Beschwerde der Mutter, die eine Vergütung überhaupt nicht oder doch höchstens eine wesentlich geringere für angezeigt hält, hat das LG. die Vergütung auf nur 200 *RM* bemessen. Es ist dabei davon ausgegangen, daß als Vermögen i. S. des § 1836 BGB. das Aktivvermögen ohne Abzug der Schulden in Betracht komme, jedoch nur insoweit, als es der Verwaltungstätigkeit des als Pfleger zu betrachtenden Beistandes unterlegen habe. Der Beistand habe zunächst bei der Abfassung des Nachlaßverzeichnisses und damit bei Feststellung des Vermögens des Kindes mitgewirkt. Diese Tätigkeit sei aber nicht als Verwaltung anzusehen. Dies gelte auch von der Mitwirkung bei der Nachlaßauseinandersetzung, sofern sie, obwohl auf Grund besonderer Pflegschaft erfolgt, überhaupt in die Geschäftsführung des Beistands und unter die Vergütung für die Beistandsschaft falle. Die weitere Tätigkeit habe sich auf die Prüfung der Frage bezogen, ob die Aufrechnung einer Schuld des Erblassers gegen einen Anspruch des Pfleglings auf 900 *RM* Einnahmeanteil aus dem Grundstück berechtigt sei. Diese Prüfung sei nicht schwierig gewesen, es müsse aber auch berücksichtigt werden, daß sie für das Kind erfolglos geblieben sei. Als vergütungsfähig komme deshalb im wesentlichen nur die Nachprüfung der Abrechnungen über die Grundstücksverwaltung in Betracht. Darauf habe der Beistand einige Zeit und Mühe verwandt, doch sei die Tätigkeit nicht bedeutend gewesen.

Gegen diese Entsch. hat der Beistand zulässig die weitere Beschwerde eingelegt, um die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses zu erreichen. Das KG. hat den Fall gem. § 28 RFGG. dem RG. zur Entsch. vorgelegt. Es will unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr. (RJA. 13, 167 = KGJ. 45, 44; RJA. 15, 267; 16, 51; JFG. 11, 74), nach welcher Vermögen i. S. des § 1836 BGB. das Aktivvermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten ist, die Vorschrift dahin auslegen, daß nur das Reinvermögen gemeint sei. Daran sieht es sich aber durch den Beschluß des BayObLG. v. 5. April 1933 (BayObLGZ. 33, 147 = DJZ. 1933, 916) gehindert.

Die Voraussetzungen des § 28 RFGG. für die Vorlegung der Sache sind gegeben. In der angeführten Entsch. hat das BayObLG. die Meinung vertreten, daß bei der Bemessung der Vergütung aus § 1836 BGB. in erster Reihe das Aktivvermögen ohne Abzug der Schulden zugrunde gelegt werden müsse, daß allerdings nichts im Wege stehe, bei der Bemessung der Höhe dieser Vergütung auch das Reinvermögen zu berücksichtigen, daß aber nie das Aktivvermögen unbeachtet bleiben dürfe, da es für die Frage, ob eine Vergütung zu bewilligen sei, neben den anderen gesetzlichen Voraussetzungen maßgebend sei. Mit dieser Rechtsauffassung, auf der die damalige Entsch. beruhte, würde sich das KG. mit seiner jetzigen Ansicht in Widerspruch setzen.

Im Ergebnis ist nicht dem KG., sondern dem BayObLG. zu folgen.

Nach § 1836 BGB. wird die Vormundschaft grundsätzlich unentgeltlich geführt. Das VormGer. kann jedoch dem Vormunde eine angemessene Vergütung bewilligen. Die Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte es rechtfertigen. Diese Regelung gilt nach § 1915 BGB. auch für den Pfleger, deshalb nach § 1693 BGB. auch für den Beistand, da ihm die Vermögensverwaltung übertragen war.

Die Auffassung, daß als Vermögen des Mündels i. S. des § 1836 BGB. nur das Vermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten zu verstehen sei, hat das KG. besonders eingehend in seinem Beschluß v. 19. Sept. 1913 (RJA. 13, 167 = KGJ. 45, 44) begründet. Es geht davon aus, daß die Motive zu § 1699 Entw. I BGB. (Bd. 4 S. 1182) die Zulassung einer angemessenen Vergütung für den Vormund mit Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit sowohl vom Standpunkt des Vormunds wie des Mündels aus rechtfertigen, wobei der Richter nicht nur auf den Umfang der Vermögensverwaltung, sondern auch auf den Umfang und die Bedeutung der sonstigen die Person des Mündels betreffenden vormundschaftlichen Geschäfte Rücksicht zu nehmen habe. Die Motive verständen hiernach, wenn sie vom Vermögen des Mündels sprächen, das bei der Festsetzung der Vergütung in Betracht zu ziehen sei, offenbar das Aktivvermögen, welches während der Führung der Vormundschaft von dem Vormunde verwaltet worden sei. Da die im Entwurf vorgeschlagene Bestimmung im wesentlichen Gesetz geworden sei, müsse auch § 1836 BGB. in diesem Sinne verstanden werden. Die Auffassung werde dadurch gestützt, daß jedenfalls für das Gebiet des Vormundschaftsrechts anzunehmen sei, daß das BGB. unter Vermögen nur das Aktivvermögen, also das Vermögen ohne Abzug von Schulden, verstehe. So sei anerkannt, daß das nach § 1802 BGB. aufzunehmende Vermögensverzeichnis, ebenso wie im Falle des § 1640 BGB., nicht notwendig

die Schulden mitzuumfassen brauche. Nach § 1805 BGB. dürfe der Vormund Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden, worunter nur das Aktivvermögen verstanden sein könne. Dasselbe gelte von der Vorschrift des § 1806 über die Anlegung des zum Mündelvermögen gehörigen Geldes. In gleicher Weise sei der Ausdruck Vermögen in § 1822 Nr. 1, §§ 1844, 1890 BGB. gebraucht. Es könne dahingestellt bleiben, ob nicht das BGB. an allen Stellen, an denen es den Ausdruck Vermögen gebrauche, darunter die Gesamtheit der einer Person zustehenden Vermögensrechte, das Aktivvermögen begreife, wie in der Rechtslehre angenommen werde.

Gegen diese Begründung ist ein Einwand insofern zu erheben, als sie offensichtlich bei der Bewertung der Motive davon ausgeht, wie nach dem preuß. Recht, so sei auch nach § 1836 BGB. notwendige Voraussetzung der Gewährung einer Vergütung, daß der Empfänger als Vormund oder Pfleger eine Vermögensverwaltung zu führen hatte. Diese Annahme hat das RG. inzwischen im Beschluß v. 2. Mai 1935, IV B 31/35 (RGZ. 147, 317 = JW. 1935, 1844 [4]) als rechtsirrig abgelehnt. Damit fällt die Schlußfolgerung der früheren Entsch. des KG. aus dem Inhalt der Motive weg. Es bleibt aber bestehen, daß das BGB. in den sonstigen vom KG. angeführten Vorschriften des Familienrechts unter Vermögen offensichtlich den Bestand der vorhandenen Werte ohne Absetzung der Schulden versteht. Bei der Sorgfalt, mit der die Vorschriften des BGB. abgefaßt sind, ist deshalb nicht anzunehmen, daß der Begriff in § 1836 BGB. ein anderer sein könnte.

Es kann aber auf sich beruhen, ob diese Beweisführung, die rein denkmäßig erfolgt und formal aus dem Wortlaut des Gesetzes und einer Mehrheit seiner Einzelvorschriften entnommen ist, allein geeignet wäre, den Begriff des Vermögens i. S. nur des Aktivvermögens außer Zweifel zu stellen. Zu demselben Ergebnis muß nämlich auch eine Überlegung führen, die von Sinn und Zweck des § 1836 BGB. ausgeht. Dabei ist zu beachten, daß die Vorschrift nicht nur für den Vormund und unter Umständen für den Gegenvormund anwendbar ist, sondern auch für jede Art der Pflegschaft gilt (§ 1915 BGB.), insbes. auch gem. § 1962 BGB. für die Nachlaßpflegschaft.

§ 1836 BGB. stellt den Grundsatz auf, daß die Tätigkeit des Vormunds, also auch des Pflegers, unentgeltlich geführt wird. Sie ist eine Ehrenpflicht, die der Vormund oder Pfleger als Glied der Volksgemeinschaft uneigennützig zu erfüllen hat, weil die Volksgemeinschaft für den Schutz und die Betreuung des Mündels oder sonstiger Pflegebefohlenen sorgen muß. Daneben aber sieht § 1836 BGB. vor, daß dem Vormund oder Pfleger unter bestimmten Voraussetzungen eine angemessene Vergütung bewilligt werden kann. Das Gesetz stellt also die Bewilligung, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, in das pflichtmäßige Ermessen des zur Entsch. berufenen Gerichts. Die Bewilligung soll nur erfolgen, wenn das Vermögen des Mündels (oder Pfleglings) sowie der Umfang und die Bedeutung der vom Vormund, Gegenvormund oder Pfleger geführten Geschäfte es rechtfertigen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind hiernach das Vorhandensein von Vermögen und ein gewisses Maß von Tätigkeit des zu Entlohnenden in Ausführung seiner Ehrenpflicht. Auch das Urteil über Umfang und Bedeutung dieser Tätigkeit ist wiederum dem pflichtmäßigen Ermessen des Richters überlassen. Durch die Art der Regelung, die er der Vergütungsfrage gibt, erweist sich § 1836 BGB. in ganz besonderem Maße als eine Vorschrift, die den Erfordernissen der Billigkeit genügen soll und deshalb von starren Normen nahezu ganz absieht. Daß es sich um eine Billigkeitsregelung handelt, die es ermöglichen soll, zwischen dem Schutzbedürfnis des Betreuten und den wirtschaftlichen Belangen des Betreuenden den richtigen Ausgleich durch sachgemäße Wertung der Einzelheiten des Falles zu finden, läßt sich auch aus den rechtspolitischen Gründen entnehmen, die die Motive (Bd. 4 S. 1182) für die Gewährung von Vergütungen angeben. Schon in RGZ. 147, 320 = JW. 1935, 1844 [4] ist darauf hingewiesen, daß vom Grundsatz unentgeltlicher Führung der Vormundschaft Ausnahmen in wesentlich weiterem Umfang zugelassen werden sollten, als sie das preuß. Recht kannte, weil die Versagung einer Vergütung zum Nachteil des Vormundschaftswesens dazu beitrage, die Abneigung gegen den Vormundschaftsdienst nur zu steigern, und weil die Schmälerung der Entschädigung auf die Güte der dafür zu leistenden Dienste von Einfluß sei und somit dem Mündel zum Nachteil gereichen könne. Hier ist also erkannt, daß gerade das Schutzbedürfnis der Betreuten auch durch die richtige Fassung und Handhabung der Vorschrift über die Vergütung gewahrt werden müsse, daß eine zu enge Begrenzung der Fälle, in denen Vergütungen gegeben werden, in Wahrheit dem Mündel zum Nachteil gereichen könne.

Dieses Wesen der Vorschrift als einer Norm der Billigkeit muß, wie in allen Richtungen, so auch bei der Auslegung des Begriffs Vermögen zum Ausgangspunkt genommen werden. Die Anforderungen der Billigkeit und damit der Zweck der Vorschrift würden aber nicht hinreichend gewahrt, wenn man mit dem Vorlegungsbeschluß des KG. schlechthin als Vermögen nur das Reinvermögen gelten lassen wollte. Die Folge wäre, daß in vielen Fällen jede Vergütung für den Vormund oder Pfleger ohne weiteres versagt werden müßte, obwohl ein erhebliches Aktivvermögen vorhanden ist, nur weil die darauf lastenden Verbindlichkeiten seinem Bestande nahe- oder gleichkommen oder ihn gar übersteigen. Diese Folge würde eintreten, obwohl gerade solche Fälle von einer beträchtlichen Steigerung der Geschäftslast und der Verantwortlichkeit des Vormunds oder Pflegers begleitet sein können, in der Regel sogar begleitet sein werden, denn nach der Erfahrung machen Vermögen, die stark belastet sind, weit mehr Arbeit als solche, bei denen Verbindlichkeiten gar nicht oder nur in geringem Umfange vorhanden sind. Mit Recht weist der BeschwF. darauf hin, daß besonders bei Nachlaßpflegschaften, die bei stärkerer Verschuldung langwierig den Nachlaßpfleger in Anspruch zu nehmen pflegen, gerade in solchen Fällen die Bewilligung einer Vergütung ausgeschlossen wäre, in denen sie unbedingt von der Billigkeit gefordert wird. § 1836 BGB. muß aber so ausgelegt werden, daß er in allen Fällen, für die ihm das Gesetz Geltung beilegt, zu befriedigenden Ergebnissen führt. Deshalb sind auch die Nachlaßpflegschaften in den Bereich der Betrachtungen zu ziehen. Doch selbst wenn dem nicht so wäre, wenn man sich auf Vormundschaften und Pflegschaften des Familienrechts zu beschränken hätte, würde die Gleichsetzung des Begriffes Vermögen mit demjenigen des Reinvermögens nicht weniger mit den Anforderungen der Billigkeit in Widerspruch geraten und im gleichen Maß dazu beitragen, den Weg zu dem in den Motiven angedeuteten Ziele zu verlegen. Gerade in solchen Fällen, in denen Mündel oder Pflegling wegen der Schwierigkeiten ganz besonders des Schutzes durch den Betreuer bedürfen, würde die Vorschrift über die Vergütung nicht dazu dienen können, die Abneigung gegen den Vormundschaftsdienst zu bekämpfen und damit den Mündel oder Pflegling vor Schaden zu bewahren.

Demgegenüber wird die Auslegung der Billigkeit besser gerecht, die das BayObLG. in dem angeführten Beschlusse vertreten hat, daß nämlich als Vermögen das Aktivvermögen gemeint sei. Damit ist keineswegs gesagt, daß der Umfang der Belastung des Aktivvermögens durch Schulden ohne jede Bedeutung bleibe. Das wäre allerdings gegenüber dem Betreuten in hohem Maße unbillig. Doch schon das BayObLG. hat gesagt, es stehe nichts im Wege, bei der Bemessung der Vergütung auch das Reinvermögen zu berücksichtigen. Dem ist beizutreten. Das vorhandene Aktivvermögen ist insoweit allein zu berücksichtigen, als nur beim Vorhandensein von Vermögen die Vergütung überhaupt in Erwägung gezogen werden soll. Sie darf also nicht stets deshalb abgelehnt werden, weil das Vermögen überschuldet ist. Wohl aber sind bei der Entsch., ob und in welcher Höhe im Einzelfall eine Vergütung gewährt wird, nach pflichtmäßigem Ermessen, wie alle Umstände des Falles, so auch bestehende Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Bei dieser Auslegung bleibt es möglich, die Vergütung im Einzelfalle ganz zu versagen, weil das Vermögen überschuldet ist. Das kann unter Umständen durchaus geboten und gerade ein Erfordernis der Billigkeit sein. Es

kann aber auch in anderen Fällen die Bewilligung der Vergütung trotz Überschuldung geboten erscheinen, etwa weil ihr Betrag die wirtschaftliche Lage des Betreuten nicht unbillig verschlechtert oder weil der Umfang der Tätigkeit des Betreuers die völlige Streichung der Vergütung nicht erträglich erscheinen läßt. Welche Erwägungen sich nach Lage des einzelnen Falles aufdrängen, kann und soll durch diese Beispiele nicht erschöpfend dargelegt werden. Es genügt die Klarstellung, daß den weiteren Spielraum für die durch § 1836 gebotene Anwendung der Billigkeit die Auslegung schafft, die unter Vermögen nur das Aktivvermögen versteht, nicht aber die Ansicht des KG., es müsse das Reinvermögen maßgebend sein. Es ist dem KG. auch nicht zuzugeben, daß seine Begriffsbestimmung eine notwendige Folge der Entsch. in RGZ. 147 sei. Vielmehr hat die Frage, was § 1836 BGB. unter Vermögen verstehe, nichts zu schaffen mit der anderen, ob eine Vergütung nur demjenigen gewährt werden könne, der Vermögen verwaltet hat.

Der BeschwF. erstrebt offensichtlich eine Vergütung für seine gesamte Tätigkeit ohne Unterschied, ob er sie als Beistand oder als Pfleger geleistet hat. Auch der Beschluß des AG., der die Vergütung bis zum Ende des Jahres 1934 bewilligt hat, muß in diesem Sinne aufgefaßt werden, obschon er den BeschwF. nur als Beistand bezeichnet. Deshalb ist das Bedenken des LG., daß die Mitwirkung des BeschwF. bei der Nachlaßauseinandersetzung mit Rücksicht auf seine gleichzeitige Bestellung zum Auseinandersetzungspfleger nicht in seinen Wirkungskreis als Beistand falle, nicht zu teilen.

Rechtsirrig ist ferner die Auffassung, die Vergütung könne nur für eine Tätigkeit bewilligt werden, die als Vermögensverwaltung anzusehen sei. Das Gegenteil folgt aus der Entsch. des RG. in RGZ. 147. Auch die Würdigung der Tätigkeit des BeschwF. in bezug auf die Aufrechnung einer Schuld des Erblassers im Beschluß des LG. erweckt rechtliche Bedenken. Allerdings ist bei der Bemessung der Vergütung, weil das pflichtmäßige Ermessen nach der Billigkeitsvorschrift des § 1836 BGB. sich auf alle Umstände des Falles erstrecken muß, auch zu berücksichtigen, welchen Erfolg die Tätigkeit des Vormundes oder Pflegers für den Betreuten gehabt hat (OLG. Hamburg: OLG. 14, 264 und 265; Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1836 Anm. 1a). Es geht aber nicht an, die durch die Vergütung abzugeltende Tätigkeit in Einzelvorgänge zu zerlegen und jeden Vorgang für sich auf den Erfolg zu prüfen und ihn beim Fehlen eines solchen auszuschalten. Vielmehr muß die Tätigkeit als Ganzes gewürdigt und dabei ihr Erfolg ins Auge gefaßt werden.

(Beschl. v. 14. Nov. 1935; IV B 64/35. — Berlin.) [L.]
⟨= JFG. 13, 1.⟩

*

6. §§ 2271, 20 BGB. Hat ein Ehepaar gemeinschaftlich den Freitod gesucht, so ist zu vermuten, daß sie gleichzeitig gestorben sind. Die Bedeutung des § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB. liegt nur darin, daß einseitige Verfügungen eines Ehegatten ausgeschlossen werden sollen, die früheren wechselseitigen Verfügungen widersprechen.

Die Eheleute Hubert und Elfriede F. errichteten am 31. Aug. 1932 ein gemeinschaftliches notarielles Testament, durch das sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten, ohne weitere letztwillige Anordnungen zu treffen. Am 25. Sept. 1932 errichteten sie gemeinschaftlich eine Urkunde, die die Überschrift „Testament. Unser letzter Wille!" trug und datiert war mit „Berl. (oder Brl.) 25. Sept. 1932". Diese Urkunde war vom Ehemanne F. eigenhändig geschrieben und unterschrieben und von der Ehefrau F. mitunterschrieben. Sie beginnt mit der Erklärung, daß das „gerichtliche" Testament von beiden Eheleuten als ungültig erklärt werde, und enthält sodann die Zuwendung einzelner Vermögensstücke an die Kl. (Verwandte der Frau), die Bekl. zu 1 und 3 (Verwandte des Mannes) sowie an Dritte. Am 26. Sept. 1932 gingen die Eheleute F. gemeinsam in den Freitod.

Mit der Klage begehren die Kl. die Feststellung, daß das am 25. Sept. 1932 von den Eheleuten F. errichtete Testament insoweit rechtsgültig sei, als es Verfügungen des Ehemannes Hubert F. über seinen Nachlaß enthalte. Die Bekl. haben eingewendet: Das Testament der Ehefrau sei wegen des Fehlens der nach § 2267 BGB. erforderlichen Erklärung, daß das Testament auch als ihr Testament gelten solle, nichtig. Dies habe nach § 2270 BGB. auch die Nichtigkeit des Testaments des Ehemannes zur Folge. Die Nichtigkeit ergebe sich auch daraus, daß es an einer eindeutigen Ortsangabe fehle. Überdies sei F. zur Zeit der Errichtung des Testaments geschäftsunfähig gewesen. Sein Nachlaß komme daher den Bekl. zu 1—5 als seinen gesetzlichen Erben zu.

Die klageabweisende Entsch. des KG. ist vom RG. aufgehoben worden.

Das KG. läßt dahingestellt, ob die Vfg. des Ehemanns F. deshalb nichtig ist, weil er zur Zeit der Testamentserrichtung geschäftsunfähig war, oder weil es an einer ordnungsmäßigen Ortsangabe fehlt, oder weil anzunehmen ist, daß er nicht so, wie geschehen, verfügt hätte, wenn er gewußt hätte, daß die gleichzeitig erfolgte Verfügung seiner Frau nichtig sei. Es verneint die Rechtswirksamkeit der Vfg. des Ehemannes schon deshalb, weil sie mit den wechselbezüglichen Vfg. des gemeinschaftlichen Testaments vom 31. Aug. 1932 in Widerspruch stehe und der Widerruf dieser Vfg. gem. § 2271 Abs. 1 BGB. nur nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschr. des § 2296, nicht einseitig durch eine neue Vfg. von Todes wegen habe erfolgen können.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die Eheleute F. sind, wie festgestellt, gemeinsam in den Freitod gegangen. Es liegt daher die Annahme nahe, daß sie in einer gemeinsamen Gefahr i. S. des § 20 BGB. umgekommen sind (vgl. OLG. Königsberg: PosMSchr. 1908, 153; Planck, Anm. 1 a. E. zu § 20; Kluckhohn: ArchZivPr. 107, 371). Nach § 20 BGB. wird, wenn mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind, vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben seien. Greift diese Vermutung, zu deren Widerlegung bisher nichts vorgebracht worden ist, Platz, so konnte keiner der Ehegatten den anderen beerben, so daß die gegenseitige Erbeinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 31. Aug. 1932 gegenstandslos geworden ist. Daraus folgt weiter, daß das Testament des Ehemannes F. vom 25. Sept. 1932 mit früheren wechselbezüglichen Vfg. der Eheleute nicht in Widerspruch steht. Die Vorschr. des § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthält weder eine Einschränkung der Testierfähigkeit der Ehegatten, noch hat sie die formelle Nichtigkeit späterer einseitiger Vfg. zur Folge. Sie will vielmehr nur die Wirksamkeit einseitiger Vfg. eines Ehegatten ausschließen, die mit früheren wechselbezüglichen Vfg. in Widerspruch stehen. Werden diese wechselbezüglichen Vfg. gegenstandslos, so steht der Wirksamkeit des späteren einseitigen Testaments nichts mehr im Wege (BayObLGZ. 22 A. S. 121 = OLG. 44, 104; OLG. Naumburg: OLG. 24, 73; Staudinger, Bem. III B 1. Abs. und VI vorletzter Abs. zu §§ 2270, 2271, S. 825, 827; Koppers: DJZ. 1912, 805).

Das angef. Urt. läßt sich hiernach nicht aufrechterhalten. Für die erneute Berufungsverhandlung mag noch folgendes bemerkt werden. Falls sich ergibt, daß die Vermutung des § 20 BGB. eingreift, oder falls festgestellt würde, daß Frau F. vor ihrem Manne verstorben ist, so würde die Vorschr. des § 2271 Abs. 1 BGB. der Wirksamkeit des Testaments F.s vom 25. Sept. 1932 nicht entgegenstehen. Das BG. würde dann zu den sonstigen von den Bekl. gegen die Rechtswirksamkeit dieses Testaments erhobenen Einwendungen Stellung zu nehmen haben. Sollte dagegen festgestellt werden, daß F. vor seiner Frau verstorben ist, so wäre er auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 31. Aug. 1932 von dieser beerbt worden. Sein Testament vom 25. Sept. 1932 wäre dann, weil mit dem früheren gemeinschaftlichen Testament in Widerspruch stehend, unwirksam und das Klagebegehren daher unbegründet. Der Nachlaß F.s wäre dann im Nachlaß seiner Frau mit enthalten, deren gesetzliche Erben, wie unstreitig ist, die Kl. geworden sind.

(U. v. 11. Nov. 1935; IV 160/35. — Berlin.) [K.]

7. §§ 27, 28, 143 FGG. Die Entscheidung des OLG. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in jedem Fall endgültig und wirksam.

Das RGes. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt die Anfechtung einer Entsch. des OLG. durch das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde nicht. Die Entsch. des OLG. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in jedem Falle endgültig und rechtswirksam. Dies gilt auch dann, wenn das OLG. in der Sache selbst entschieden hat, obgleich es verpflichtet gewesen wäre, die ihm zugegangene — einfache oder weitere oder sofortige — Beschwerde nach den in Betracht kommenden Vorschriften des Gesetzes — §§ 27, 28 Abs. 2, 3, 143 Abs. 2 FGG. — dem RG. vorzulegen (RGZ. 48, 15; BuschsZ. 41, 390). Es bedarf infolgedessen keiner Nachprüfung, ob die von dem Antragsteller angegriffene Entsch., durch die der Registerrichter des AG. in K. im Verfahren nach § 143 FGG. angewiesen worden ist, die am 5. Juni 1935 vollzogenen Eintragungen im Handelsregister zu löschen, unter Verletzung formellen oder materiellen Rechts ergangen ist. Die Beschwerde war vielmehr als in jedem Falle unzulässig zu verwerfen.

Wegen der Verpflichtung des Antragstellers, die Kosten der unzulässigen Beschwerde zu tragen, ist RGZ. 52, 248 (250) zu vergleichen.

(Beschl. v. 13. Dez. 1935; II B 14/35. — Karlsruhe.) [Hn.]

〈= JFG. 13, 192.〉

*

****8.** §§ 40—80, 79 BRÄndG. (RGBl. I, 433); §§ 3, 4, 8 BWHG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175); 3. VO. zur Durchf. des BWHG. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245).

I. Die Bestimmung der Nichtrückzahlung in § 79 BRÄndG. von Leistungen bezieht sich nur auf solche Leistungen, die auf Grund der in § 79 Abs. 1 einzeln aufgeführten Vorschriften mit dem Inkrafttreten des BRÄndG. entfallen sind, aber bereits geleistet waren. Leistungen, für die bereits vor Inkrafttreten des BRÄndG. ein Rückzahlungsanspruch bestand, werden durch § 79 Abs. 1 nicht berührt.

II. § 8 BWHG. bezweckt gerade i. Verb. m. den §§ 3 und 4 BWHG., den in diesen Bestimmungen bezeichneten Beamten eine Versorgung zu gewähren, falls sie wenigstens zehn Jahre im öffentlichen Dienst gestanden haben und eine Stelle bekleidet haben, die mit der Möglichkeit einer Ruhegehaltsgewährung ausgestattet war (3. DurchfVO. zu § 9 BWHG.). Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. gilt auch für Gemeindebeamte.

III. Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. enthält keine für die Bemessung des Ruhegehalts in Betracht kommende Bestimmung. Die reichsgesetzliche Regelung enthält sich, abgesehen von den Bestimmungen über das Mindestmaß der Dienstzeit und die Berechnung der ruhegeldfähigen Dienstzeit, sowie abgesehen von der im § 4 BWHG. enthaltenen Beschränkung des Anspruches auf $^3/_4$ des Ruhegeldes, jeder Bestimmung über die Bemessung des Ruhegeldes, überläßt diese vielmehr, soweit Reichsbeamte in Betracht kommen, den sonstigen reichsgesetzlichen Bestimmungen, im übrigen den landesgesetzlichen Bestimmungen.†)

Der Kl. war Bürgermeister der bekl. Stadtgemeinde. Am 14. Okt. 1933 wurde der Kl. auf Grund des § 4 BWHG. v. 7. April 1933 (RGBl. I, 175 f.) entlassen. Nach der Beurlaubung hatte die Bekl. ihm das Gehalt zunächst gekürzt, schließlich hatte sie die Gehaltszahlungen ganz eingestellt. Mit der vorl. Klage macht der Kl. Zahlung seiner Gehaltsbezüge geltend.

I. Gegenüber dem Anspruche des Kl. auf das bis 1. Sept. 1933 rückständige Gehalt hatte die Bekl. geltend gemacht, daß der Kl. auf Grund des bad. NotG. v. 9. Juli 1931 (BadGVBl. 247) verpflichtet gewesen sei, vom 1. April 1931 ab eine bei Zahlung der Dienstbezüge einzubehaltende Ausgleichsabgabe zu entrichten. Er habe es aber verstanden, die gesetzlichen Maßnahmen zu umgehen, so daß eine Entrichtung der Ausgleichsabgabe durch Abzug vom Gehalt unterblieben sei. Er sei infolgedessen verpflichtet, die hiernach in den Jahren 1931 und 1932 zuviel erhaltenen Gehaltsbeträge zurückzuzahlen. Mit dem Rückzahlungsanspruche werde aufgerechnet. Das BG. hat den im § 79 BRÄndG. vom 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433 f.) ausgesprochenen Grundsatz der Nichtzurückzahlung zuviel erhaltener Gehaltsbezüge auch auf den vorl. Fall für anwendbar erachtet.

Aus dem unmittelbaren Zusammenhang des Satz 2 mit dem Satz 1 des § 79 Abs. 1 des Ges. ergibt sich jedoch, daß die Bestimmung der Nichtrückzahlung von Leistungen sich nur auf solche Leistungen bezieht, die auf Grund der im Abs. 1 einzeln aufgeführten Vorschriften mit dem Inkrafttreten des Gesetzes entfallen sind, aber bereits geleistet waren. Ergänzend ist für die auf Grund der §§ 40—48 des Ges. entfallenden Leistungen die besondere Vorschrift des Satz 3 getroffen, daß Rückzahlungen nicht stattfinden, soweit die Leistungen vor dem 1. Okt. 1933 liegen. Diese besondere Bestimmung erklärt sich daraus, daß durch § 48 des Ges. für die auf Grund der §§ 40—47 vorzunehmende Herabsetzung der Bezüge der 1. Okt. 1933 als spätester Termin festgesetzt war. Immer aber muß es sich auch hier um Leistungen handeln, die auf Grund dieser besonderen Vorschriften entfallen. Keinesfalls werden von der Rückzahlungsbestimmung des § 79 Abs. 1 des Ges. solche Leistungen getroffen, für die bereits vor dem Inkrafttreten der Bestimmungen des BRÄndG. ein Rückzahlungsanspruch bestand. Daß dies der Sinn der Bestimmung des § 79 Abs. 1 ist, wird durch Nr. V der DurchfVO. des RFM. v. 4. Jan. 1934 (RBesBl. 5) noch ausdrücklich klargestellt. Im vorl. Falle handelt es sich aber um die Rückzahlung von Leistungen, die nach der Auffassung der Bekl. nicht erst auf Grund der Bestimmungen der §§ 40—48 BRÄndG. entfallen sind, wegen deren ein Rückzahlungsanspruch vielmehr bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bestanden haben soll. Die Rev. ist daher insoweit begründet.

II. Das BG. hat dem Kl. einen Ruhegeldanspruch seit dem 1. Febr. 1934 in Höhe von 234,75 *RM* monatlich zuerkannt.

Die Rev. macht demgegenüber geltend, daß das Bestehen eines Ruhegeldanspruches überhaupt zu verneinen sei.

Der Revisionsangriff ist unbegründet.

Die vermögensrechtlichen Ansprüche der auf Grund von § 4 Abs. 1 Satz 1 BWHG. aus dem Dienst entlassenen Beamten regelt Abs. 1 Satz 2 und 3 folgendermaßen: „Auf die Dauer von drei Monaten nach der Entlassung werden ihre bisherigen Bezüge belassen. Von dieser Zeit an erhalten sie drei Viertel des Ruhegeldes (§ 8) und entsprechende Hinterbliebenenversorgung."

Dazu bestimmt § 8 Satz 1 BWHG.: „Den nach §§ 3, 4 in den Ruhestand versetzten oder entlassenen Beamten wird ein Ruhegeld nicht gewährt, wenn sie nicht mindestens eine zehnjährige Dienstzeit vollendet haben."

Die 3. DurchfVO. des BWHG. v. 6. Mai 1933 (RGBl. I, 245) erläutert das in Nr. 1 zu § 8 Gesagte dahin: „Voraussetzung für die Gewährung eines Ruhegeldes ist, daß nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften Ruhegeld an sich zuständig ist oder gewährt werden kann."

Auf diese letztere Bestimmung beruft sich die Bekl., indem sie geltend macht, keine der Voraussetzungen, unter denen § 4 des Dienstvertrages ein Ruhegeld für den Kl. vorsehe, sei erfüllt.

Wollte man die eben erwähnte Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 dahin verstehen, daß ein nach § 4 BWHG. entlassener (oder nach § 3 das. in den Ruhestand versetzter) Beamter nur dann Ruhegeld erhielte, wenn er die nach den allgemeinen Vorschriften erforderlichen Voraussetzungen für den Erwerb eines Ruhegeldanspruches erfüllte, so würde die Gewährung eines Ruhegeldes an Beamte, die auf Grund der §§ 3 und 4 BWHG. ausscheiden müssen, kaum je in Betracht kommen. Denn nach dem Beamtenrecht des Reichs und der Länder erhalten Beamte regelmäßig nur dann Ruhegehalt, wenn sie wegen Dienstunfähigkeit oder wegen Erreichung der Altersgrenze den Dienst verlassen. Die nach §§ 3, 4 BWHG. in den Ruhestand versetzten Beamten erfüllen aber keine von beiden Voraussetzungen. Denn sie müssen den Dienst nicht aus einem dieser Gründe, sondern deshalb aufgeben, weil sie nichtarischer Abstammung sind (§ 3) oder weil ihnen die von den Beamten des nationalen Staates zu fordernde politische Zuverlässigkeit fehlt (§ 4). Nach den allgemeinen Vorschriften stände ihnen also kein Ruhegeld zu. § 8 BWHG. wäre infolgedessen im wesentlichen gegenstandslos, während er gerade i. Verb. m. den §§ 3 und 4 bezweckt, den in diesen beiden Bestimmungen bezeichneten Beamten eine Versorgung zu gewähren, falls sie wenigstens zehn Jahre im öffentlichen Dienst gestanden haben.

Die Worte „an sich" in der Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. stellen aber auch klar, was Voraussetzung für die Gewährung eines Ruhegeldes der auf Grund der §§ 3 und 4 BWHG. entlassenen Beamten ist. Danach ist nicht erforderlich, daß im Einzelfalle im Zeitpunkt der Entlassung des Beamten alle diejenigen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, an die sonst für ihn nach den allgemeinen Vorschriften die Entstehung des Ruhegeldanspruches in diesem Zeitpunkt geknüpft sein würde. Es genügt vielmehr, daß er sie hätte erfüllen können, wenn er weiter im Dienst verblieben wäre. Er muß also eine Stelle bekleidet haben, die mit Ruhegehaltsberechtigung oder der Möglichkeit einer Ruhegehaltsgewährung ausgestattet war. Die Bedeutung von Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. liegt also in der Klarstellung, daß Beamte, deren Dienststellen überhaupt nicht mit Ruhegehaltsberechtigung oder mit der Möglichkeit einer Ruhegehaltsgewährung verbunden sind, auch auf Grund der §§ 3, 4 i. Verb. m. § 8 BWHG. kein Ruhegeld beanspruchen können, selbst wenn sie eine zehnjährige Dienstzeit zurückgelegt haben. Ein Beispiel hierfür bilden die preuß. Notare. Ihre Bezüge bestehen in den Gebühren, die ihnen die Beteiligten zahlen. Vom preuß. Staat erhalten sie weder Gehalt noch Versorgung. Preuß. Notare können also auch dann kein Ruhegehalt fordern, wenn sie nach mehr als zehnjähriger Dienstzeit auf Grund der §§ 3, 4 BWHG. ihr Amt verlieren.

Die gleiche Auslegung der Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. liegt, wie noch bemerkt werden mag, der für Preußen erlassenen 3. AusfVorschr. zum BWHG. v. 15. Juni 1933 (PrGS. 202) unter Nr. 24 zugrunde.

Bei den vorstehenden Erörterungen ist in Übereinstimmung mit dem BG. davon ausgegangen, daß Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 auch für die Gemeindebeamten gilt. Bedenken hiergegen könnten daraus entnommen werden, daß, während Nr. 2 das. Bestimmungen über die Ermittlung der zehnjährigen Dienstzeit des § 8 Satz 1 BWHG. für die Reichsbeamten gibt, und es in Nr. 3 Satz 1 heißt: „Nr. 1 und 2 gelten entsprechend für die Beamten der Länder", in der von den Gemeindebeamten handelnden Nr. 4 eine dem § 3 Satz 1 entsprechende Ausdehnungsbestimmung fehlt. Gegen die Auffassung, daß hiernach Nr. 1 für die Gemeindebeamten keine Geltung habe, spricht indessen einmal der uneingeschränkte Wortlaut der Nr. 1, der keine besonderen Beamtengruppen nennt und deshalb auf alle bezogen werden muß. Auch sachlich verträgt der dort ausgesprochene Grundsatz keine Beschränkung. Er enthält eine Klarstellung des § 8 BWHG., die für alle Beamten gelten muß. Deshalb ist die nochmalige Hervorhebung von Nr. 1 in der sich mit den Landesbeamten beschäftigenden Nr. 3 als sachlich bedeutungslos anzusehen. Sie bezweckt ersichtlich nur eine Verdeutlichung und läßt weitere Rückschlüsse nicht zu. Dabei mag noch bemerkt werden, daß eine etwaige Nichtgeltung von Nr. 1 für die Gemeindebeamten nur dem Kl., nicht der Bekl. zugute käme, also der Rev. insoweit keinesfalls zum Erfolge verhelfen könnte.

Das Vorliegen der beiden hiernach notwendigen Voraussetzungen für den Ruhegeldanspruch, Ruhegeldberechtigung an sich und mindestens zehnjährige Dienstzeit, hat das BG. an Hand der landesgesetzlichen Vorschriften (§§ 2 und 5 BadDurchfG.) bejaht. Insoweit ist eine Nachprüfung in der RevInst. nach § 549 Abs. 1 ZPO. ausgeschlossen. Aus den Darlegungen ergibt sich, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über den durch die Bestimmung Nr. 2 der 3. DurchfVO. zu § 17 gezogenen Rahmen nicht hinausgehen. Die durch die reichsgesetzlichen Vorschriften getroffene Ruhegehaltsregelung für die auf Grund der §§ 3, 4 BWHG. entlassenen Beamten bedurfte mit Rücksicht auf § 27 Abs. 2 BadGemO., der für die Bürgermeister von Gemeinden, die nicht Städte i. S. der GemO. sind, Ruhegelder verschiedenen Umfangs vorsieht, entsprechend § 17 Abs. 2 BWHG. ergänzender Vorschriften durch die Landesregierung in der Richtung, wonach sich für den dem entlassenen Beamten auf Grund der reichsgesetzlichen Vorschriften zustehenden Ruhegeldanspruch die Bemessung des Ruhegehalts zu richten hatte. Eine solche ergänzende Vorschrift ist durch den § 5 Abs. 1 BadDurchfG. getroffen, indem dort nach der vom BG. dieser Vorschrift gegebenen, in der RevInst. nicht nachzuprüfenden Auslegung bestimmt ist, daß ein Fall solcher Entlassung bei der Feststellung des Betrages des Ruhegeldes einem Falle der Nichtwiederwahl gleichzuerachten sei. Daß damit die Landesregierung die ihr durch § 17 Abs. 2 BWHG. (Nr. 2 der 3. DurchfVO. zu § 17) eingeräumte Befugnis überschritten hätte, ist nicht ersichtlich.

III. Die Anschlußrevision des Kl. bemängelt, daß das BG. für die Zeit v. 1. Febr. bis 30. Nov. 1934 nur 234,75 *RM* = 40% des Monatsbetrages der letzten Jahresbesoldung zuerkannt habe, während ihm für diese Zeit $^3/_4$ seines vollen Gehaltes = 375,85 *RM* monatlich zuzuerkennen gewesen seien.

Die Anschlußrevision geht aber insofern von einer rechtsirrigen Auffassung aus, als sie annimmt, daß durch das BWHG. und die reichsgesetzlichen DurchfVorschr. auch hinsichtlich der Bemessung des Ruhegeldes irgendeine Regelung getroffen worden sei. Das ist nicht der Fall; insbes. enthält die Nr. 1 der 3. DurchfVO. zu § 8 BWHG. keine für die Bemessung des Ruhegeldes in Betracht kommende Bestimmung. Die reichsgesetzliche Regelung enthält sich, abgesehen von den Bestimmungen über das Mindestmaß der Dienstzeit und die Berechnung der ruhegeldfähigen Dienstzeit, sowie abgesehen von der im § 4 BWHG. enthaltenen Beschränkung des Anspruches auf $^3/_4$ des Ruhegeldes jeder Bestimmung über die Bemessung des Ruhegeldes, überläßt diese vielmehr, soweit Reichsbeamte in Betracht kommen, den sonstigen reichsgesetzlichen Bestimmungen, im übrigen den landesgesetzlichen Bestimmungen. Nach dem hiernach in Betracht kommenden, sich im Rahmen der reichsgesetzlichen Bestimmungen haltenden § 5 Abs. 1 BadDurchfG. ist der Bemessung des Ruhegehalts die in dem § 4 des Dienstvertrages für den Fall der Nichtwiederwahl des Kl. getroffene Vereinbarung zugrunde zu legen. Nun hatte aber der Kl. nach dieser Vertragsbestimmung noch ein Jahr lang Anspruch auf das volle Gehalt und erst vom zweiten Jahre ab nur auf 40%. Gleichwohl hat das BG. auch für die letzten neun Monate des ersten Jahres nur $^3/_4$ von 40% der letzten Jahresbesoldung zugebilligt oder wenigstens zubilligen wollen, weil es angenommen hat, die Bestimmung gewähre, indem sie dem Kl. für das erste Jahr noch das volle Gehalt zubillige, einen über den Rahmen der Reichsvorschriften hinausgehenden Anspruch. Es entnimmt dies zu Unrecht dem § 4 BWHG., wonach für die ersten drei Monate nach der Entlassung der Beamte sein volles Gehalt behält und von da ab $^3/_4$ des Ruhegeldes zu beanspruchen hat. Denn damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß, wenn der Beamte nach einer im Rahmen der Landesgesetze getroffenen Vereinbarung für eine gewisse

Zeit nach der Entlassung noch Anspruch auf sein volles Gehalt als Ruhegeld behält, dieses auch den nach § 4 BWHG. zu berechnenden $^3/_4$ des Ruhegeldes zugrunde zu legen ist. Es hängt also von dem Inhalte der Vereinbarung und der Auslegung dieser Vereinbarung ab, ob der Kl. im vorl. Falle das volle Gehalt, das nach der getroffenen Vereinbarung im Falle der Nichtwiederwahl noch ein Jahr lang zu zahlen war, als Ruhegeld zu beanspruchen hatte. War das der Fall, so hatte der Kl. gem. § 4 BWHG. auch für den vierten bis zwölften Monat nach der Entlassung noch Anspruch auf $^3/_4$ dieses dem vollen Gehalte gleichkommenden Ruhegeldes.

Das Urteil war somit aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung zurückzuverweisen. Dabei wird das BG. auch noch die Berechtigung des Zinsanspruches im Hinblick auf Art. 7 der 12. Ergänzung zum BesoldG. v. 12. Dez. 1923 (RGBl. I, 1181) nachzuprüfen haben.

(U. v. 15. Okt. 1935; III 306/34. — Karlsruhe) [v. B.]
<= RGZ. 149, 51.>

Anmerkung: Der Entsch. ist beizutreten. Sie befaßt sich mit Fragen der Übergangszeit und hat daher nur vorübergehende Bedeutung.

1. Der erste Teil der Entsch. erläutert die Tragweite des § 79 BRÄndG. v. 30. Juni 1933 und legt die Vorschr. mit Recht eng und in Anlehnung an ihren Wortlaut aus. Die Vorschr. ist geschaffen, um die Überleitung in den neuen Rechtszustand, besonders auf dem Gebiete der Angleichung der Bezüge der Beamten der Länder, Gemeinden usw. an die der Reichsbeamten zu erleichtern. Sie bestimmt deshalb u. a., daß Beträge, z. B. höhere Besoldungen, als einem Beamten nach erfolgter Angleichung zustanden, die ihm aber bereits für eine vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen liegende Zeit ausbezahlt worden sind, dem Empfänger auch dann zu belassen und von ihm nicht zurückzuzahlen sind, wenn er noch bereichert ist. Leistungen aber, für die bereits vor dem Inkrafttreten des BRÄndG. ein Rückzahlungsanspruch bestand, fallen nicht unter § 79. Denn § 79 verträgt eine ausdehnende Auslegung nicht. Mit Recht hat daher das RG. angenommen, daß der Kl. die ihm schon in den Jahren 1931 und 1932 zuviel gezahlten Gehaltsbeträge zurückzahlen müsse und sich nicht auf § 79 a. a. O. berufen könne.

2. Der weitere Teil der Entsch. befaßt sich mit der Auslegung der §§ 3, 4 und 8 BBG. Er betont mit Recht, daß die nichtarischen (§ 3) und politisch unzuverlässigen (§ 4) Beamten, die aus ihrem Amt entfernt worden sind, einen Versorgungsanspruch dann haben, wenn sie mindestens zehn Jahre im öffentlichen Dienst gestanden und eine zum Ruhegehaltsbezug berechtigende — also in der Regel eine mit Lebenslänglichkeit verbundene — Planstelle bekleidet haben. Dagegen wird nicht verlangt, daß die betroffenen Beamten etwa bereits dienstunfähig seien oder die Altersgrenze erreicht hätten. Wollte man die Erfüllung auch dieser — sonst für eine Zuruhesetzung nötigen Vorbedingungen — auch bei den unter §§ 3, 4 BBG. fallenden Beamten verlangen, so würden kaum noch Fälle vorkommen, die unter die §§ 3 und 4 a. a. O. fallen. Das würde aber dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, der gerade die Versorgung dieser Beamtengruppen ohne Rücksicht auf Dienstunfähigkeit oder Erreichung der Altersgrenze bezweckte.

Daß alles dies auch für Gemeindebeamte gilt, legt das RG. zutreffend dar. Es ist kein Grund ersichtlich, auf diesem Gebiet die mittelbaren Staatsbeamten ungünstiger zu stellen als die unmittelbaren Staatsbeamten und die Reichsbeamten.

3. Endlich betont das RG. mit Recht, daß die Bemessung des Ruhegehalts in den Fällen der §§ 3, 4 a. a. O. sich nach den allgemeinen reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen richte, soweit nicht das BBG. selbst hierüber Vorschriften enthält.

LGPräs. i. R. Prof. Dr. Brand, Dresden.

*

9. I. § 7 RHaftG. v. 22. Mai 1910. Die im § 7 RHaftG. von 1910 für Haftungsansprüche von Ausländern aufgestellte Voraussetzung kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der Ausländer nach Begehung der Amtspflichtverletzung die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt.

II. §§ 688 ff. BGB. Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag drücken nicht allgemeine Rechtsgedanken aus, die ohne weiteres auch im öffentlichen Recht gelten.

I. Das BG. lehnt den aus Art. 131 WeimVerf. hergeleiteten Klagegrund der Haftung des bekl. Reiches aus Amtspflichtverletzung seiner Beamten ab. Die Kl. besaß bis zur Eingehung ihrer erst am 12. Jan. 1931 geschlossenen zweiten Ehe mit einem Deutschen nur die türkische Staatsangehörigkeit. Die Vorgänge, in denen eine Amtspflichtverletzung der Beamten des Bekl. gefunden werden könnte, liegen sämtlich vor dem Jan. 1931. Die Kl. muß sich daher die im § 7 RHaftG. v. 22. Mai 1910 (RGBl. 798) gegenüber den Angehörigen eines ausländischen Staates ausgesprochene und durch Art. 131 WeimVerf. nicht beseitigte (RGZ. 111, 294 = JW. 1925, 2591) Beschränkung der Haftung des Reichs entgegenhalten lassen. Sie könnte diese Haftung nur in Anspruch nehmen, wenn im Verhältnis zur Türkei die Gegenseitigkeit verbürgt und dies gehörig bekanntgemacht worden wäre. Das ist nicht der Fall.

Die Rev. bittet nun unter Hinweis auf RGZ. 128, 238 = JW. 1930, 1869 um Nachprüfung, ob nicht der nachträgliche Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit ebenso wie eine nachträgliche Verbürgung der Gegenseitigkeit die Haftungsbeschränkung des genannten § 7 für die Kl. beseitigt habe. Das BG. hat dies jedoch mit Recht verneint. Die im § 7 für die Haftungsansprüche von Ausländern aufgestellte sachlich-rechtliche Voraussetzung einer gehörig bekanntgemachten Verbürgung der Gegenseitigkeit kann zwar noch nach Begehung der Amtspflichtverletzung geschaffen werden. Sie wird aber nicht dadurch ersetzt, daß der durch die Amtspflichtverletzung geschädigte Ausländer nachträglich die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt.

II. Zu prüfen bleibt noch der Klagegrund der Haftung des Bekl. aus einem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis.

Allerdings hat die Rspr. wegen Fehlens einer anderweiten Regelung die Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis an der Hand der Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verwahrung bestimmt. Aus deren Anwendung folgt insbes. für die Herausgabepflicht: Ebenso, wie bei der bürgerlich-rechtlichen Verwahrung der Verwahrer nach Beendigung des Verwahrungsverhältnisses die Sache dem Hinterleger herausgeben muß, hat der öffentlich-rechtliche Verwahrer sie dem auszuantworten, der ihm gegenüber die Stellung des Hinterlegers oder eine entsprechende Stellung innehat. Das war bei den beschlagnahmten Schmucksachen allein die Kl. Dagegen fehlt es an inneren Gründen, einer Behörde, die kraft öffentlichen Rechts eine Sache besitzt, die Befugnis einzuräumen, darüber in anderer Weise als durch Herausgabe an den Berechtigten zu verfügen. Besteht hierfür ein Bedürfnis, so mag ihm durch Verwaltungsvorschriften genügt werden, auf die sich der Bekl. vorliegendenfalls aber nicht berufen hat. Aus allgemeinen Grundsätzen kann kein Recht einer Behörde abgeleitet werden, von ihr verwahrte Sachen an andere Personen als den Empfangsberechtigten herauszugeben. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag drücken keineswegs allgemeine Rechtsgedanken aus, die ohne weiteres auch im öffentlichen Recht gelten. So kann sich der Bekl. nicht darauf berufen, die Herausgabe der Schmucksachen an den früheren Ehemann der Kl. habe ihrem Interesse und ihrem mutmaßlichen Willen entsprochen. Vollends geht es weit über die den FinA. übertragenen Aufgaben und Befug-

nisse hinaus, wenn das KG. sie für berechtigt hält, Unterhaltsverpflichtungen eines Steuerschuldners mit den bei ihm beschlagnahmten Sachen zu befriedigen. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob nicht die Bekl. für die Anwendbarkeit des § 679 noch hätte nachweisen müssen, daß die an den früheren Ehemann herausgegebenen Schmucksachen auch wirklich zu dessen und seiner Kinder Unterhalt verwendet und nicht etwa, wie die Kl. vermutet, von ihm mit Frauen verjubelt worden sind.

(U. v. 24. Sept. 1935; III 1/35. — Berlin.) [v. B.]

*

**10. § 7 PrStaatshaftungsG. v. 1. Aug. 1909. Art. 1 des Abkommens zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen v. 28. Mai 1929 (vgl. RGBl. 1930 II, 6 u. 1931 II, 539). Dem Ausländer steht ein Ersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nicht zu, solange nicht die Gegenseitigkeit verbürgt und dies nach einer in der PrGS. enthaltenen Bekanntmachung des Staatsministeriums bestätigt ist. Ist eine solche Bekanntmachung (z. B. bzgl. der Türkei) nicht ergangen, so ist der Ersatzanspruch nicht begründet oder mindestens nicht klagbar, ohne daß die Frage der Verbürgung der Gegenseitigkeit selbst sachlich zu prüfen ist. An dieser sachlich-rechtlichen Bedeutung der Bekanntmachung ist auch durch Art. 1 des Deutsch-Türkischen Rechtsverkehrsvertrages nichts geändert worden.

Die Kl. macht das bekl. Reich für den Schaden verantwortlich, der ihr aus der Amtspflichtverletzung eines Gerichtsvollziehers entstanden sei.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Die Ber. ist zurückgewiesen worden.

Infolge Überleitung der Rechtspflege auf das Reich durch das Ges. v. 24. Jan. 1935 (RGBl. I, 68) hat das verkl. Land Preußen die Sachbefugnis für den Rechtsstreit verloren. In allen Schuldverhältnissen, die durch Amtspflichtverletzung von Beamten der früheren Justizverwaltungen der Länder entstanden sind, ist gem. § 3 des Ges. v. 1. April 1935 an Stelle des Landes das Reich als Schuldner eingetreten. Demgemäß ist nunmehr das Deutsche Reich als Bekl. im Urteil aufzuführen.

Nach § 6 VO. über die Haftung des Reichs für die Justizbeamten v. 3. Mai 1935 (RGBl. I, 587) bestimmen sich die Rechtsfolgen von Amtspflichtverletzungen, die von Justizbeamten vor dem 1. April 1935 begangen sind, nach den bisherigen Vorschriften mit der Maßgabe, daß von diesem Zeitpunkt an das Reich an die Stelle des Landes tritt. Da im vorl. Fall die von der Kl. dem Gerichtsvollzieher zum Vorwurf gemachte Amtspflichtverletzung vor dem 1. April 1935 begangen sein würde, bestimmt sich die Haftung des Reichs dafür, da der Inhaber der Kl. unbestritten die türkische Staatsangehörigkeit besitzt, nach wie vor nach § 7 PrStaatshaftungsG. v. 1. Aug. 1909, einer Vorschrift, die nach der ständigen Rspr. des RG. als eine Art vorweggenommene Ausführungsgesetzgebung zu Art. 131 WeimVerf. in Geltung geblieben ist (RGZ. 128, 238 = JW. 1930, 1869). Hiernach steht den Angehörigen eines ausländischen Staates ein Ersatzanspruch von der Art, wie ihn die Kl. geltend macht, gegen das Reich nur insoweit zu, als nach einer in der PrGS. enthaltenen Bekanntmachung des Staatsministeriums durch die Gesetzgebung des Heimatstaates des Ausländers oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Eine solche Bekanntmachung ist bezüglich der Türkei nicht ergangen. Das BG. hat schon wegen des Fehlens dieser Bekanntmachung den Ersatzanspruch der Kl. nicht für begründet erachtet, ohne in eine sachliche Nachprüfung darüber einzutreten, ob durch die Gesetzgebung der Türkei oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist oder nicht.

Die Rev. führt aus, die Bekanntmachung sei, wenn auch das Gesetz sie als Regel vorschreibe, doch keine Voraussetzung der Klage gegen das Reich. Der Anspruch müsse vielmehr auch dann zuerkannt werden, wenn unabhängig von einer Bekanntmachung die Gesetzgebung des ausländischen Staates tatsächlich die Gegenseitigkeit verbürge. Die bloße Verlautbarung in der GS. könne die materielle Rechtslage nicht ändern, aber den Anspruch des ausländischen Staatsangehörigen auch nicht erst schaffen. Dieser Anspruch habe vielmehr schon vorher bestanden. Das BG. habe daher auf Grund der türkischen Gesetzgebung sachlich prüfen müssen, ob die Gegenseitigkeit verbürgt sei oder nicht. Die Rüge greift nicht durch. Selbst wenn man der Rev. darin folgen wollte, daß der Bekanntmachung keine sachlich-rechtliche Bedeutung für die Entstehung des Ersatzanspruches zukomme, so müßte ihr doch mindestens verfahrensrechtliche Bedeutung hinsichtlich der Geltendmachung des Anspruchs zugesprochen werden, insofern als ihr Fehlen sich als ein Hindernis für die Durchführung des Anspruchs darstellt (RG. a. a. O. S. 241), das den Richter der Pflicht überhebt, die Frage der Verbürgung der Gegenseitigkeit seinerseits nachzuprüfen, und das zur Abweisung der Klage führen muß.

Die Rev. hat weiter ausgeführt: Die Rechtslage sei jedenfalls für die Angehörigen der Türkischen Republik eine besondere. Denn durch Art. 1 des Abkommens zwischen dem Deutschen Reich und der Türkischen Republik über den Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen v. 28. Mai 1929 (vgl. Ges. v. 3. Jan. 1930 [RGBl. II, 6] und Ratifikationsbek. v. 20. Aug. 1931 [RGBl. II, 539]) genössen die türkischen Staatsangehörigen im Gebiete des Deutschen Reiches in allem, was den gesetzlichen und gerichtlichen Schutz ihrer Person und ihres Vermögens angehe, die gleiche Behandlung wie die Inländer, wie umgekehrt ebenso die deutschen Reichsangehörigen im Gebiete der Türkei. Auch mit diesen Ausführungen kann die Rev. nicht durchdringen, weil sie die Bedeutung und Tragweite des Art. 1 des in Rede stehenden Staatsvertrags verkennt.

Soweit sie geltend macht, daß danach im Gebiete des Deutschen Reiches die türkischen Staatsangehörigen auch hinsichtlich der Schadensersatzansprüche gegen den Staat aus Amtspflichtverletzungen von Beamten wie die Inländer behandelt werden müßten, will sie offenbar sagen: Durch Art. 1 des Staatsvertrags werde die nach § 7 PrStaatshaftungsG. erforderliche Gegenseitigkeit bereits gewährleistet. Die Vertragsbestimmung enthalte hiernach gegenüber § 7 PrStaatshaftungsG. eine reichsrechtliche Sonderregelung im Verhältnis zu den türkischen Staatsangehörigen, die insoweit die Geltung der landesrechtlichen Vorschrift des erwähnten § 7 ausschließe, so daß es der dort vorgesehenen Bekanntmachung im Verhältnis zur Türkei nicht mehr bedürfe. Diese Ansicht der Rev. ist schon deswegen rechtsirrig, weil die Inländergleichbehandlung nur die formelle Gegenseitigkeit in dem Sinne gewährleisten soll, daß jeweils in ein und demselben Staatsgebiete, d. h. in dem Gebiete des einen Vertragsteils, der Ausländer nicht schlechter zu stellen sei, wie der Inländer dort gestellt ist, nicht aber eine materielle Gegenseitigkeit in dem Sinne, daß die beiderseitigen Staatsangehörigen in jedem der beiden Staatsgebiete sachlich wirklich gleichgestellt sind, wie das § 7 PrStaatshaftungsG. unter dem Erfordernis der „Verbürgung der Gegenseitigkeit" zweifellos verlangt. Die Rev. übersieht aber ferner, daß die Vertragsbestimmung eine Regelung hinsichtlich der sachlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Anspruchsentstehung zugunsten der beiderseitigen Staatsangehörigen überhaupt nicht getroffen hat. Es handelt sich vielmehr um die in vielen zwischenstaatlichen Verträgen in verschiedenen, mehr oder minder voneinander abweichenden Fassungen wiederkehrende sog. Rechtsschutzklausel, die für den Regelfall nichts weiter bedeutet, als daß den beiderseitigen Staatsangehörigen die Befugnis gewährleistet wird, in Angelegenheiten der Person und des Vermögens den Schutz der einheimischen Gerichte ebenso in Anspruch zu nehmen, wie er den Inländern offensteht. Sie erschöpft sich daher darin, daß sie dem Ausländer das dem Inländer zustehende Recht gewährt, zum Schutze seiner Person und seines Vermögens die

einheimischen Gerichte anzugehen, regelmäßig also in der Befugnis zur Klagerhebung und in dem Recht, vor den einheimischen Gerichten aufzutreten, soweit die Inländer das dürfen. Weitergehende Befugnisse gewährt die Rechtsschutzklausel — von besonderen, hier nicht in Betracht kommenden Fällen abgesehen — dagegen nicht. Für die in der Nachkriegszeit geschlossenen Verträge gehen denn auch die gemeine Meinung und die Staatenpraxis im Deutschen Reiche dementsprechend dahin, daß die Klausel nicht einmal Folgerungen für die Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und hinsichtlich der Gewährung des Armenrechts zulasse (vgl. auch RGZ. 104, 189 und 146, 8 = JW. 1935, 346[2]). Kann hiernach trotz der Rechtsschutzklausel sogar in verfahrensrechtlicher Hinsicht in gewissen Beziehungen eine Sonderbehandlung der Angehörigen des anderen vertragsschließenden Staates eintreten, so ergibt sich ohne weiteres, daß der Klausel für die im Inland geltenden sachlich-rechtlichen Voraussetzungen des von einem Ausländer erhobenen Anspruchs nichts entnommen werden kann. Enthält hiernach Art. 1 des deutsch-türkischen Rechtsverkehrsvertrags keine reichsrechtliche Sonderregelung gegenüber § 7 PrStaatshaftungsG., so entfallen auch die von der Rev. an die gegenteilige Ansicht geknüpften Folgerungen.

Der Rev. kann aber auch insoweit nicht beigepflichtet werden, als sie weiter meint, daß durch diesen Art. 1 jedenfalls das verfahrensrechtliche Hindernis für die Durchführung des Anspruchs der Kl., das in dem in § 7 PrStaatshaftungsG. aufgestellten Erfordernis der Bekanntmachung über die Verbürgung der Gegenseitigkeit mindestens zu finden ist, beseitigt werden sollte. Dafür ergibt weder der Inhalt des Vertrags irgendeinen Anhalt noch zwingen etwa besondere Gründe zu einer solchen Annahme. Der Wortlaut des Art. 1 des Vertrags ergibt — wie insbes. die in seinem Abs. 2 enthaltene nähere Erläuterung des Abs. 1 zeigt — nichts dafür, daß die Rechtsschutzklausel in diesem Vertrag einen über die Regel hinausgehenden Inhalt oder eine weitergehende Bedeutung haben sollte. Für das Übliche spricht auch, daß in demselben mit „Rechtsschutz" überschriebenen Abschnitt des Vertrags in den Art. 2 ff. die Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und die Zulassung zum Armenrecht besonders geregelt werden, also vom Standpunkte der Vertragschließenden offenbar nicht schon als durch die allgemeine Rechtsschutzklausel in Art. 1 gewährleistet angesehen wurden, wie ja auch Art. 13 des deutsch-türkischen Niederlassungsabkommens v. 12. Jan. 1927 (vgl. Ges. v. 15. März 1927 [RGBl. II, 53, 76] und Ratifikationsbek. v. 25. Juli 1927 [RGBl. II, 454]), der in seinen Abs. 1 und 2 beinahe wörtlich mit dem Art. 1 des deutsch-türkischen Rechtsverkehrsvertrages übereinstimmt, das in Abs. 3 ausdrücklich klarstellt. Ferner aber bleibt der Inhalt des Vertrages im ganzen auch sonst durchaus im Rahmen des in zwischenstaatlichen Abmachungen über den Rechtsverkehr Üblichen. Auch wenn man hiernach in der in § 7 PrStaatshaftungsG. erforderten Bekanntmachung über die Verbürgung der Gegenseitigkeit lediglich ein verfahrensrechtliches Erfordernis für die Anspruchsdurchführung erblicken müßte, so wäre in dieser Hinsicht an dem bisherigen Rechtszustand durch Art. 1 des deutsch-türkischen Rechtsverkehrsvertrags nichts geändert worden. Das muß aber um so mehr gelten, als die erwähnte Bekanntmachung nicht bloß verfahrensrechtliche Bedeutung in diesem Sinne haben kann. Das folgt ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 7 a. a. O., wonach der Ersatzanspruch dem Ausländer nur insoweit „zusteht", als nach jener Bekanntmachung die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Der Anspruch steht also dem Ausländer nicht zu, d. h. er ist — was hier offenbleiben kann — entweder für ihn nicht entstanden oder mindestens nicht klagbar, solange nicht die Gegenseitigkeit verbürgt und dies durch eine entsprechende Bekanntmachung bestätigt ist. Auf eine solche sachlich-rechtliche Bedeutung der Bekanntmachung, die neben der verfahrensrechtlichen herlaufen kann, mußte aber der Art. 1 des deutsch-türkischen Rechtsverkehrsvertrags, wie oben bereits dargelegt wurde, ohne jeden Einfluß bleiben.

(U. v. 17. Sept. 1935; III 277/34. — Berlin.) [v. B.]

11. § 264 ZPO. Zulässigkeit einer Klageänderung. Sachdienlichkeit. Auslegung des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Okt. 1933.

Der Vorderrichter ist der Anschauung, daß, weil die Ber. im vorl. Rechtsstreit schon vor dem Inkrafttreten des ÄndG. hinsichtlich des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I, 780, 788) mit dem 1. Jan. 1934 erhoben ist, gemäß der Übergangsbestimmung Art. 9 III Nr. 2 dieses Ges. für die Behandlung des Einwandes der Klageänderung nicht die Vorschriften der neuen ZPO. i. d. Fass. v. 8. Nov. 1933 (RGBl. I, 821) zur Anwendung kämen, sondern der § 529 Abs. 4 ZPO. in der alten Fassung nach der VO. v. 13. Febr. 1924 (RGBl. I, 135).

Dies ist rechtsirrig, wie der Sen. schon in seinem Urt. v. 13. Nov. 1934, II 159/34 zum Fall einer im zweiten Rechtszug geänderten Widerklage dargelegt hat. Die Erhebung neuer Ansprüche, abgesehen von den Fällen des § 268 Nr. 2 und 3 ZPO. a. u. n. F., wovon § 529 Abs. 4 ZPO. a. F. sprach, stellt auch eine Klageänderung i. S. des § 527 ZPO. a. F. dar. Eine Klageänderung ist nach § 264 ZPO. a. u. n. F. zulässig, wenn der Gegner einwilligt, was hier nicht zutrifft, oder wenn das Gericht sie für „sachdienlich" erachtet. Sachdienlichkeit kann angenommen werden, wenn die Zulassung der Ausräumung des sachlichen Streitstoffes zwischen den Parteien im Rahmen des anhängigen, hier auch in weiteren Teilen noch nicht entscheidungsreifen Rechtsstreits dient und einem anderenfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Über die Sachdienlichkeit hat der Tatsachenrichter zu befinden, wobei eine Nachprüfung nur insoweit stattfindet, als aus der Sachlage eine Verkennung des Zweckes der Vorschrift erhellt. In der Übergangsvorschrift des Art. 9 III Nr. 2 ÄndG. v. 1933 ist die Zulässigkeit einer Klageänderung — auch einer Widerklage im zweiten Rechtszug, die § 529 Abs. 4 ZPO. n. F. unter den gleichen Voraussetzungen gestattet — nicht erwähnt, sondern nur gesagt, daß hinsichtlich a) der Berufungsbegründung und b) der „Zulässigkeit neuen Vorbringens" in der VerInst. „die bisherigen Vorschriften" Anwendung finden sollen. Unter diesen „bisherigen Vorschriften" zu b) ist der § 529 Abs. 2 und 3 a. F. von 1924 zu verstehen, in dessen Abs. 3 die Wendung „neues Vorbringen, dessen Geltendmachung ... zulässig ist", ausdrücklich gebraucht wird. Diese „bisherigen Vorschriften" umfassen nicht die Klageänderung, die in dem jetzt gestrichenen § 527 ZPO. a. F. noch besonders geregelt war. Für die Klageänderung wie für die Widerklage in 2. Instanz bleibt es bei der Regel des Eingangs des Art. 9 III, daß die Vorschriften des neuen Gesetzes auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes anhängigen Sachen Anwendung finden. Dies steht im Einklang mit Sinn und Zweck der besonderen Übergangsvorschrift in Nr. 2, die die Partei, welche vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes Ber. eingelegt hat, von den im neuen Gesetz aufgestellten erschwerten Forderungen für die weitere Prozeßführung befreien will. Dagegen sollen der Partei die Erleichterungen, die das neue Gesetz mit sich gebracht hat, nicht vorenthalten sein. Die Streichung des bisherigen § 527 ZPO. a. F. mit der Wirkung, daß nun durch § 523 der § 264 ZPO., wie bisher schon im ersten Rechtszug, in Wirksamkeit trat, machte eine weitere Übergangsvorschrift zu dieser Frage entbehrlich.

(U. v. 24. Sept. 1935; II 6/35. — Dresden.) [Hn.]

*

11a. § 30 DGKG. Die ohne Beschränkung oder überhaupt ohne Erklärung über ihren Umfang eingelegte Revision ist kostenrechtlich als im ganzen Umfange der Beschwerung eingelegt zu behandeln. Eine spätere als endgültig erklärte Einschränkung muß, auch wenn sie ohne eine Rücknahmeerklärung erfolgt, i. S. des § 30 DGKG. als teilweise Rücknahme des Rechtsmittels angesehen und dementsprechend eine Rücknahmegebühr berechnet werden. (Ständige Rechtsprechung.)

(Beschl. v. 28. Nov. 1935; IV 56/35.) [L.]

Reichsgericht: Strafsachen

**12. § 396 RAbgO. Steuerhinterziehung. Es ist nicht als Steuerhinterziehung anzusehen, wenn die Zwangsvollstreckung für rückständige Steuern gewaltsam verhindert wird. Ein derartiges Verhalten ist vielmehr nach den Vorschriften des StGB. zu beurteilen.†)

Die gewaltsame Verhinderung einer Zwangsvollstreckung für rückständige Steuern ist überhaupt nicht als Steuerhinterziehung anzusehen. Zur Bestrafung eines derartigen Verhaltens sind die Vorschriften des StGB. da, die bei sachgemäßer Anwendung durchaus genügen, um die Belange des Staates und die zur Vollstreckung des Staatswillens berufenen Beamten zu schützen. Zwar wird im Schrifttum (s. Becker, Anm. 2 zu § 359 a. F. RAbgO.) die Meinung vertreten, daß eine Hinterziehung schon dann vorliege, wenn „die Grundformen des verbrecherischen Handelns vis (z. B. Nötigung der Beamten) oder fraus in irgendeiner Weise in die Erscheinung treten". Die Meinung, daß die gewaltsame Herbeiführung einer Steuerverkürzung eine Steuerhinterziehung sei, ist von der Rspr. jedoch nicht übernommen worden. Sie entspricht auch nicht der gesunden Volksanschauung, die in der gewaltsamen Verhinderung einer Pfändung für rückständige Steuern keine Steuerhinterziehung erblickt. Nach der Rspr. des RG. erfordert der Begriff der Hinterziehung eine Steuerunehrlichkeit. Schon in der Entsch. 2 D 850/26 vom 11. Oktober 1926: JurRdsch. 1926 Nr. 2192 Sp. 1574 (angef. RGSt. 61, 81, 84) ist ausgeführt, der Tatbestand einer vorsätzlichen Steuerhinterziehung in der Begehungsform der Verkürzung der Steuereinnahmen werde zwar nicht bereits dadurch erfüllt, daß der Steuerpflichtige die Entrichtung fälliger Steuerbeträge unterlasse mit dem Bewußtsein und insofern mit dem Vorsatz, hierdurch den rechtzeitigen Eingang der Steuer zu verhindern und demgemäß eine, wenn auch nur zeitweilige, Steuerverkürzung herbeizuführen; hinzutreten müsse vielmehr eine Steuerunehrlichkeit, insbes. ein Verschweigen der Steuerpflichtigkeit mit dem Bewußtsein und dem Erfolg, daß die Steuerbehörde über das Bestehen oder die Höhe des Steueranspruchs in Unkenntnis gehalten werde. (Ähnlich RGSt. 60, 97, 98, 182, 185, 307, 309; 61, 186, 190; 63, 95, 99.) Nach dem Urteil des RFH. v. 14. Juni 1934, III A 152/34 (RStBl. 1934, 918 Nr. 806) gehört zum Tatbestand der Steuerhinterziehung i. S. des § 396 RAbgO., daß infolge steuerunehrlichen Verhaltens des Täters die Steuerverkürzung eintritt (ebenso RFH. 31, 68, 70). Die Unkenntnis oder der Irrtum der Steuerbehörde kann naturgemäß schon dadurch hervorgerufen werden, daß ein Steuerpflichtiger z. B. keine Umsatzsteuererklärungen abgibt und keine Umsatzsteuern zahlt. So liegt der Fall hier aber nicht. Aus den Feststellungen der StrK. ist zu entnehmen, daß der Angekl. richtige Voranmeldungen und richtige Umsatzsteuererklärungen abgegeben hat, und daß auf Grund dieser seine Steuerschuldigkeit jeweils rechtskräftig festgestellt worden ist. Durch die Nichtzahlung allein kann daher hier beim FinA. kein Irrtum über die Steuerpflicht des Angekl. bewirkt worden sein, zumal ja der Angekl. dauernd um Stundung und Erlaß nachgesucht hat (vgl. RGSt. 61, 190; 63, 100). Noch weniger liegt in der Anwendung offener Gewalt eine Steuerunehrlichkeit.

Das für Steuerhinterziehung aufgestellte Erfordernis der Steuerunehrlichkeit kann nicht nur durch Verschweigen des Bestehens oder der Höhe der Steuerpflicht, sondern auch durch positive Verschleierungen erfüllt werden, und zwar auch durch solche, die sich auf die Zahlungsfähigkeit des Steuerschuldners beziehen (RGSt. 61, 84). Eine Steuerverkürzung kann auch durch Vereitelung rechtzeitiger Beitreibung von Steuern bewirkt werden (RGSt. 60, 309).

(5. Sen. v. 12. Dez. 1935; 5 D 567/35.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. führt in das schwierige Gebiet der Beziehungen zwischen dem Steuerstrafrecht und dem allgemeinen Strafrecht. Gemäß § 391 RAbgO. gilt das StGB., soweit die Steuergesetze nichts Abweichendes vorschreiben. Demgemäß bilden die steuerstrafgesetzlichen Bestimmungen Sonderrecht gegenüber dem RStGB.

2. § 396 RAbgO. ist gem. § 1 StAnpG. auszulegen, d. h. also, bei der Beurteilung steuerstrafbarer Handlungen ist zu prüfen, ob diese als solche nach der Volksanschauung, dem Zweck und der wirtschaftlichen Bedeutung der Steuergesetze und der Entwicklung der Verhältnisse angesehen werden (§ 1 Abs. 2 StAnpG.).

Aus dem nicht veröffentlichten Teil der Entsch. ist hervorzuheben, daß der Steuerschuldner bei der Steuerzwangsvollstreckung etwa sich wie folgt geäußert hat: „Ich leiste Widerstand. Ich schließe den Betrieb und rufe den Kreisleiter sowie den Betriebszellenobmann heran."

Ferner beabsichtigte der Steuerbeitreibungsbeamte in das Geschäftsbuch des Steuerschuldners Einsicht zu nehmen, um dadurch die Pfändung von Buchforderungen und die hierfür erforderlichen Feststellungen zu ermöglichen. Der Steuerschuldner durchkreuzte die Absicht des Beitreibungsbeamten dadurch, daß er das Geschäftsbuch der Einsicht des Beamten entzog.

3. Vorgänge vorstehender Art können nach den Auslegungsgrundsätzen des § 396 RAbgO. nicht als Steuerhinterziehungen angesprochen werden.

Sowohl RG. als RFH. haben in fortgesetzter Rspr. die Auffassung vertreten, daß eine Steuerhinterziehung eine Steuerunehrlichkeit voraussetzt, dergestalt, daß die Steuerbehörde über das Bestehen oder die Höhe des Steueranspruches in Unkenntnis gehalten werde.

Aus der Rspr. sind hier folgende besonders bedeutungsvolle Fälle hervorzuheben: Bewußte Unterlassung von Anmeldungen und Vorauszahlungen zur Umsatz- und Körperschaftsteuer, Nichtabführung einbehaltener Lohnbeträge (Täuschung über Höhe der Entlohnung, Zahl der Angestellten usw.), Herbeiführung des Unterbleibens einer Steuerfestsetzung durch unrichtige Steuererklärungen, Hingabe wertloser Wechsel, um eine Steuerstundung zu erreichen und die Steuervollstreckung aufzuschieben, ferner Erreichung eines Steueraufschubs ohne Sicherheitsleistung durch die unwahre Behauptung, sämtliche Buchforderungen seien sicherungsübereignet.

Ferner verlangt die ständige Rspr. des RG., daß zwischen der Steuerunehrlichkeit und der Steuerverkürzung ein Kausalzusammenhang besteht.

Ein solcher Kausalzusammenhang entfällt aber, wenn der Steuerpflichtige durch steuerehrliche Angaben das FinA. über Grund und Höhe seines Steueranspruchs nicht im unklaren läßt.

Der unter Ziff. 2 dieser Besprechung dargestellte Tatbestand läßt in allen seinen Äußerungen nicht erkennen, daß der Steuerschuldner und Angekl. in irgendeiner Form das FinA. über Grund und Höhe seiner Steuerschuld täuschen wollte.

Er hat lediglich bei der Vollstreckung Schwierigkeiten bereitet.

Solche reinen Vollstreckungsschwierigkeiten sind aber für Steuervergehen nicht ausreichend. Die seinerzeit von Becker vertretene, im Urteil erwähnte Auffassung rührt noch aus der Frühzeit der RAbgO. her und dürfte als längst überholt zu betrachten sein, soweit sich die Darlegungen auf das Vorhandensein einer „Vis" beziehen. Denn bloße Gewalt ist niemals Unehrlichkeit.

4. Der unter Ziff. 2 geschilderte Tatbestand läßt sich bei „sachgemäßer Anwendung" des StGB. durchaus unter seine Bestimmungen bringen. In Frage kommen vornehmlich §§ 113, 114, 288 RStGB. Im vorl. Falle ist jedoch § 288 RStGB. schon deswegen nicht erfüllt, weil, wie auch das RG. im nichtveröffentlichten Teil seiner Entsch. hervorhebt, das Geschäftsbuch eine bloße Beweisurkunde, nicht aber Vermögensbestandteil ist (RGSt. 26, 10).

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

13. 1. Auch bei Zollhinterziehungen ist § 146 VZollG. anwendbar.

2. Zum Merkmal der Bandenmäßigkeit beim Schmuggel.

3. Die Zollhinterziehung ist erst beendet, wenn die geschmuggelten Sachen „zur Ruhe" gekommen sind. †)

a) Die Annahme § 146 VZollG. beziehe sich nicht mehr auf die Zollhinterziehung, seit für diese die Strafvorschriften der RAbgO. anwendbar geworden seien, trifft nicht zu. Schon der Wortlaut der VO. des RPräs. v. 1. Dez. 1930 3. Teil Kap. IV Art. 4 § 10 (RGBl. I, 517, 579), auf dem die derzeitige Fassung des VZollG. beruht, widerlegt die Auffassung der Rev. (vgl. insbes. die Nr. 1 und 2 das.). Es ergibt sich daraus mit aller Deutlichkeit, daß der Gesetzgeber die besonderen Strafschärfungen des § 146 VZollG. auch für die Zollhinterziehung hat aufrechterhalten wollen, obwohl nach seinem Willen im übrigen die Best. der RAbgO. auf dieses Vergehen anwendbar werden sollten. Demgemäß hat auch der RMdF. bei der Neubekanntmachung des Wortlautes des VZollG., zu der ihn die genannte VO. ermächtigt hatte, den § 146 Abs. 1 VZollG. dahin gefaßt, daß er neben dem Bannbruch auch weiterhin die Zollhinterziehung nennt (vgl. RGBl. 1931, I, 5). Die Anwendbarkeit des § 146 VZollG. neben den Strafvorschriften der RAbgO. hat auch einen guten Sinn; die dort vorgeschriebene Strafverschärfung tritt — und zwar nicht etwa in der Form der Bildung einer Gesamtstrafe, sondern ungemindert, in voller Höhe — neben die aus § 396 RAbgO. etwa verwirkte Gefängnisstrafe (RGSt. 68, 92 = JW. 1934, 1855; RGSt. 68, 400 = JW. 1935, 539 [43]). Die Entsch. RGSt. 64, 362 besagt nichts Abweichendes. Ihr lag überhaupt kein Fall bandenmäßig begangener Zollhinterziehung zugrunde. Die Entsch. RGSt. 67, 426 = JW. 1934, 843 bezieht sich auf keinen Fall des Bannbruches; auch sie enthält nichts, was mit der vorstehend vertretenen Auffassung in Widerspruch stände.

Die StrK. ist daher mit Recht davon ausgegangen, daß § 146 VZollG. auch auf die Zollhinterziehung anwendbar ist.

b) Das Merkmal der Bandenmäßigkeit ist in dem hier fraglichen Falle nunmehr auch (in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung) bedenkenfrei nachgewiesen. Nach den Feststellungen sind bei dem Verkauf der beiden geschmuggelten Wallache an den sächsischen Händler auf dem Markte in B. drei „Eingeweihte" zugegen gewesen und haben dabei mitgewirkt. Darin hat die StrK. mit Recht ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken dreier Personen beim Schmuggel gefunden. Denn die erwähnten drei Eingeweihten — der Angekl. R. und ferner K. oder H. — haben nach der ersichtlichen Annahme der StrK. mit Wissen und Willen dazu beigetragen, daß die geschmuggelten Pferde an eine Person gelangten, bei der sie ihre endgültige Bestimmung finden, zur Ruhe kommen sollten. Erst durch den Verkauf und die Übergabe der geschmuggelten Pferde an den gutgläubigen Händler in B. wurde nach der tatsächlichen Auffassung der StrK. der Schmuggel — das einheitliche Vergehen der Zollhinterziehung — beendet. Bis zu diesem Zeitpunkte war eine Beteiligung an der Zollhinterziehung noch rechtlich möglich, wie der Senat — in Übereinstimmung mit der ständigen Rspr. des RG. — bereits in dem früheren in der Sache ergangenen Revisionsurteil ausgesprochen hat. Aus denselben Gründen ist eine Anwendung der Vorschr. über Zollhehlerei — zu der begrifflich Beendigung der Vortat, der Zollhinterziehung, gehört — rechtlich ausgeschlossen.

(3. StrSen. v. 4. Nov. 1935; 3 D 554/35.)

Anmerkung: 1. Gemäß § 146 VZollG. tritt Strafschärfung durch eine zusätzliche Freiheitsstrafe ein. Die verschärfenden Strafandrohungen sind durch die Strafvorschriften der RAbgO. nicht beseitigt worden. Dies ist ständige Rspr. (vgl. JW. 1934, 540 Anm. b; 1935, 2060).

2. Bandenmäßigkeit beim Schmuggel liegt vor, wenn „Eingeweihte bei der Tat zugegen gewesen sind und dabei mitgewirkt haben". Der Begriff „Eingeweihter" zeigt am deutlichsten neben dem weiteren Begriff „zur Ruhe kommen", wo die Bandenmäßigkeit beginnt und wann sie beendet ist. Beide Ausdrücke sind sprachlich so plastisch gehalten und so zutreffend geprägt, daß es einer weiteren Stellungnahme nicht bedarf. Es wäre nur zu wünschen, daß diese beiden Ausdrücke sich allmählich immer mehr in die Gerichtssprache einbürgerten.

3. Zur Beurteilung der Frage, ob Zollhinterziehung oder Zollhehlerei vorliegt, ist entscheidend, wann die Zollhinterziehung beendet ist.

Die Zollhehlerei dauert so lange fort, als bis es endgültig gelungen ist, die geschmuggelten Gegenstände „zur Ruhe" zu bringen. Bis zum Eintritt dieses Augenblicks ist daher eine Mitwirkung an der Zollhinterziehung — auch im Inlande allein — möglich. Die geschmuggelten Gegenstände kommen jedoch erst dann zur Ruhe, wenn sie durch einen Gutgläubigen, d. h. einen solchen, der an die erfolgte Verzollung der Gegenstände glaubt, erworben sind. Der ständigen Rspr. des RG. ist beizutreten.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

14. Zur Auslegung der §§ 122 und 128 BranntwMonG.

I. Der Inhalt der Vermutung des § 122 geht bei sinngemäßer Auslegung dahin, daß

a) die unbefugte Benutzung der Brennvorrichtung drei Monate hindurch gedauert habe, sofern nicht eine andere Dauer nachgewiesen wird, daß ferner

b) die Benutzung während der zu vermutenden Dauer von drei Monaten oder während des nachgewiesenen kürzeren oder längeren Zeitraumes bei unausgesetztem Betriebe und unter Ausnützung der vollen Leistungsfähigkeit stattgefunden habe (RGSt. 63, 278, 284).

Die Vermutung zu a hat das LG. zum Nachteil des Angekl. dahin für widerlegt erachtet, daß die Brennvorrichtung — hier die unbefugte Benutzung der Feinbrandblase zur Herstellung von Rohbranntwein — v. 1. April 1931 bis zum 18. Sept. 1934 benutzt worden ist.

Die Vermutung zu b hat das LG. ohne Rechtsirrtum zugunsten des Angekl. für widerlegt erachtet. Unter „unausgesetztem Betrieb" ist hier nicht ein Betrieb zu verstehen, bei dem die Brennvorrichtung selbst ununterbrochen in Tätigkeit ist, sondern ein Betrieb, bei dem die nach den Umständen mögliche Aufeinanderfolge der zum Betrieb gehörigen Akte nicht unterbrochen wird. Hiernach wäre im gegebenen Falle eine Widerlegung der Vermutung nicht schon darin zu erblicken, daß die Feinbrandblase innerhalb des auf Herstellung und Reinigung des Branntweins gerichteten Gesamtbetriebes nur in dem hierdurch bedingten beschränkten Umfange zur Herstellung von Rohbranntwein benutzt werden konnte. Wohl aber wird die Vermutung widerlegt durch die vom LG. getroffene Feststellung, daß auch in dem durch die Art des Gesamtbetriebes bedingten beschränkten Umfange kein unausgesetzter Betrieb stattgefunden habe, weil der Angekl. an vielen Tagen wegen der Gefahr der Entdeckung ein heimliches Abbrennen nicht habe bewerkstelligen können und weil auch der festgestellte Verbrauch an Rohstoffen, Kohlen und Wasser sowie der festgestellte Absatz des Angekl. gegen die Annahme spreche, daß die unbefugte Benutzung unter voller Ausnutzung der Betriebsmöglichkeiten erfolgt sei (siehe RGSt. 63, 285). Bei Zugrundelegung dieser Feststellung ist wieder Raum gegeben für die freie richterliche Beweiswürdigung (RGSt. ebenda und RGUrt. 2 D 691/27 v. 1. März 1928).

II. § 128 Abs. 1 Satz 1 BranntwMonG. schreibt die Einziehung des schwarz gebrannten Branntweins zwingend vor, Satz 2 dagegen enthält nur eine Kannvorschrift. Es liegt daher im Ermessen des Gerichtes, ob und in welchem Umfang es die zur Hinterziehung benutzten Geräte und Vorrichtungen einziehen will. Unterläuft ihm hierbei ein tatsächlicher Irrtum, so kann dieser in der RevInst. nicht berücksichtigt werden.

(5. Sen. v. 7. Okt. 1935; 5 D 572/35.)

*

15. §§ 42b, 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Begriff des Erfordernisses der öffentlichen Sicherheit.

Die öffentliche Sicherheit ist nicht nur dann bedroht, wenn die Gefahr bestünde, der Angekl. würde von sich aus oder mit durchschnittlich empfindenden Kindern unzüchtige

Handlungen vornehmen. Die öffentliche Sicherheit ist auch bedroht, wenn der Verurteilte infolge der ihm fehlenden Hemmungen der von anderen an ihn herangetragenen Versuchung, Verbrechen zu begehen, erliegen würde

(3. Sen. v. 7. Okt. 1935; 3 D 535/35.)

*

16. § 49 StGB. In einem Unterlassen kann eine „Hilfeleistung durch Tat" gefunden werden.

Art. 3 u. 4 des Ges. z. Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 legt den Mitgliedern der SA. erhöhte Pflichten auf. Der Vorgesetzte, der es unterläßt, den Untergebenen zur Erfüllung seiner sich aus § 22 Abs. 1 u. 2 KraftfG. ergebenden Pflichten anzuhalten, macht sich einer Unterlassung gemäß § 49 StGB. schuldig.

Die Rüge der Verletzung des § 49 StGB. geht fehl. In einem Unterlassen kann eine „Hilfeleistung durch Tat" gefunden werden, wenn es gegen eine Rechtspflicht zum Handeln verstößt (RGSt. 11, 154; RGUrt. v. 12. Aug. 1924, 2 D 516/24 = JW. 1925, 623). Das LG. nimmt zutreffend an, daß der Angekl. sich eines solchen Unterlassens schuldig gemacht hat. Keiner Erörterung bedarf es, ob ihm eine Rechtspflicht zum Handeln schon als „Mitfahrer" oblag, wie das LG. meint. Jedenfalls lag sie ihm als „Vorgesetzten des Kraftwagenführers" ob.

Über das Vorgesetztenverhältnis und die daraus hervorgehende Befehlsgewalt ergibt sich aus den Feststellungen des LG. in Verbindung mit der Dienstvorschrift für die SA. der NSDAP. (SADV.) was folgt:

Es handelte sich um eine Dienstfahrt, die der Angekl. am 10. Febr. 1935, während er stellvertretender Adjutant des Führers der SA.-Standarte in K. war, im Kraftwagen der Standarte mit dem diesen lenkenden Wagenführer der Standarte unternommen hat. Da der Standartenführer vom 9. bis zum 11. Febr. 1935 von K. abwesend, also „vorübergehend behindert" war, so vertrat ihn in der „Erledigung der laufenden Geschäfte" nach Nr. 163 Abs. 4 SADV. der Angekl. Die Dienstfahrt fiel in den Rahmen der Erledigung der laufenden Geschäfte; sie galt einer Besprechung mit einem auswärts wohnenden Sturmführer in dienstlicher Angelegenheit. Nach den Nrn. 168, 167 zu a SADV. war der Angekl. somit Vorgesetzter des Wagenführers und infolgedessen berechtigt, ihm als „SA.-Mann der Einheit" (Standarte), „zu deren Führer er ordnungsmäßig ... in Vertretung bestellt" war, „in bezug auf dienstliche Angelegenheiten Befehle zu erteilen".

Die Rechtspflicht zum Handeln, die der Angekl. als Vorgesetzter des Wagenführers hatte, beruht auf dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. Dez. 1933 (RGBl. I, 1016). Der § 3 dieses Gesetzes legt u. a. den Mitgliedern der SA. erhöhte Pflichten gegenüber Führer, Volk und Staat auf, und gemäß § 4 gilt als Pflichtverletzung u. a. „jede Handlung oder Unterlassung, die ... das Ansehen der NSDAP. angreift oder gefährdet, bei Mitgliedern der SA. ... insbes. jeder Verstoß gegen Zucht und Ordnung". Nach dem Sinne dieser Vorschriften hatte der Angekl. als Vorgesetzter den Fahrer, der auf der Dienstfahrt durch nachlässige Wagenführung einen Menschen erheblich verletzt hatte, zur Erfüllung seiner sich aus dem § 22 Abs. 1 u. 2 KraftfG. ergebenden Pflichten anzuhalten. Das gilt um so mehr, als diese Pflichten für den Fahrer auch aus dem Sinne der wiedergegebenen Vorschriften des Ges. v. 1. Dez. 1933 folgten.

(6. Sen. v. 9. Okt. 1935; 6 D 147/35.)
⟨= RGSt. 69, 349.⟩

*

17. § 52 StGB. ist ein Schuldausschließungsgrund und nicht ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund.

Ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund liegt nur dann vor, wenn bei grundsätzlicher Strafbarkeit der Handlung ein einzelner Täter oder Teilnehmer wegen besonderer Eigenschaften oder Verhältnisse (fehlender Strafantrag, Verjährung, nachträglicher Rücktritt vom Versuch, Amnestie u. dgl.) straflos bleibt. Ein Schuldausschließungsgrund dagegen ist dann gegeben, wenn der Täter zwar eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung vornimmt, ihm dieses Handeln aber wegen einer Besonderheit seiner inneren Beziehung zur Tat nicht als strafrechtliche Schuld angerechnet werden kann. In diesem Sinne hat die Rspr. des RG. den „Nötigungsstand" des § 52 StGB. ständig als Schuldausschließungsgrund angesehen (RGSt. 31, 395; 64, 30; 66, 222; 67, 263 [264] = JW. 1933, 2394). Dann ist aber nach den Worten des Gesetzes „eine strafbare Handlung nicht vorhanden"

(3. Sen. v. 4. Nov. 1935; 3 D 808/35.)

*

18. Die Untersuchungshaft i. S. des § 60 StGB. umfaßt nicht nur die Haft der §§ 112 ff. StPO., sondern jede zum Zwecke der Untersuchung einer Straftat von einer Behörde angeordnete und vollzogene Haft. Einem solchen Zwecke kann auch unter Umständen eine Schutzhaft dienen.

Der 5. StrSen. schließt sich der im vorstehenden Rechtssatz niedergelegten Rechtsauffassung des 3. StrSen. im Urt. v. 30. Sept. 1935, 3 D 527/35: JW. 1935, 3380[10] an.

(5. Sen. v. 28. Okt. 1935; 5 D 640/35.)

*

19. § 159 StGB. Auch schon eine einmalige schlichte Aufforderung kann das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens der Verleitung erfüllen. Voraussetzung ist aber, daß der Täter die Aufforderung auch wirklich mit dem ernstlichen Willen, den Erfolg herbeizuführen, erklärt hat; zu vgl. RGSt. 8, 354.

Die StrK. führt in den Strafzumessungsgründen aus, der Angekl. sei ein noch junger, unbestrafter Mann, der sich der ganzen Tragweite seines Verhaltens vielleicht nicht in vollem Umfange bewußt gewesen und nach Ansicht des Gerichts nur einer plötzlichen Eingebung gefolgt sei. Bei dieser Beurteilung des Angekl. und des Anreizes zur Tat ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß der Angekl. von der Aufforderung an den Zeugen sich noch keine Wirkung versprochen und eine solche auch nicht ernstlich gewollt, vielmehr nur eine unbedachte Äußerung hingeworfen hat. Die Strafbemessungsgründe stehen daher in einem Widerspruch zu der vorangegangenen Beurteilung der Tat und lassen es naheliegend erscheinen, daß die dem Angekl. zur Last gelegte Willensbeeinflussung des Zeugen auf ihre Ernstlichkeit hin nicht ausreichend geprüft worden ist.

(6. Sen. v. 12. Okt. 1935; 6 D 294/35.)

*

20. § 164 Abs. 5 StGB. Leichtfertige falsche Anschuldigung. Unter „Leichtfertigkeit" ist mehr als bloße Fahrlässigkeit zu verstehen; sie ist etwa mit „grober Fahrlässigkeit" gleichzusetzen.

I. Der BeschwF. führt aus, durch die Anklage und den Eröffnungsbeschluß seien ihm zwei selbständige Straftaten, begangen durch seine Eingaben v. 7. Nov. 1934 und vom 20. Jan. 1935, zur Last gelegt worden. Das LG. habe zwar angenommen, daß die beiden Eingaben eine einzige fortgesetzte Handlung bildeten, es hätte aber die Eingabe v. 20. Jan. 1935 überhaupt nicht als falsche Anschuldigung i. S. des § 164 StGB. berücksichtigen dürfen, weil es sich in dieser Eingabe nicht um eine freiwillig erstattete Anzeige, sondern um eine Verteidigung gegen ihm mitgeteilte Beschuldigungen seiner Person gehandelt habe. Diese Ausführung ist rechtsirrig. Im Gegensatz zu § 164 StGB. a. F. gehört zum Tatbestande des seit dem 1. Juni 1933 geltenden § 164 StGB. n. F. nicht mehr, daß der Täter seine Verdächtigung freiwillig erhebt (vgl. RGSt. 69, 173 = JW. 1935, 1858[16] und RGUrt. v. 1. April 1935 in 5 D 213/35 = JW. 1935, 2636[19]).

II. Richtig ist allerdings, daß das LG. in der Schlußfeststellung nur die Eingabe v. 7. Nov. 1934 und nicht auch die

v. 20. Jan. 1935 anführt. Es handelt sich aber hierbei offensichtlich nur um eine unschädliche Ungenauigkeit in der Fassung des Urteils, denn aus den übrigen Ausführungen des angefochtenen Urteils ist klar ersichtlich, daß das LG. auch den Inhalt der Eingabe v. 20. Jan. 1935 der Verurteilung des BeschwF. zugrunde gelegt und nur angenommen hat, daß beide Eingaben im Fortsetzungszusammenhange stehen.

III. Der BeschwF. meint ferner, da ihm falsche Anschuldigungen in Tateinheit mit Beleidigung und Verleumdung zur Last gelegt worden seien, er aber nur wegen leichtfertiger falscher Anschuldigung bestraft worden sei, hätte er ausdrücklich von der Anklage der Beleidigung und Verleumdung freigesprochen werden müssen. Auch hierin kann dem BeschwF. nicht beigetreten werden; die Fassung des Urteils, wonach der BeschwF. „im übrigen freigesprochen" worden ist, genügt den gesetzlichen Erfordernissen.

IV. Der BeschwF. rügt weiter zu Unrecht, daß das angefochtene Urteil, obwohl ihm falsche Anschuldigungen gegen drei Personen vorgeworfen worden seien, keine Ausführungen darüber enthalte, ob eine Handlung oder mehrere selbständige Handlungen vorlägen. Ausführungen hierüber waren aber nicht erforderlich, weil bei Anzeigen, die in einem einzigen Schreiben — die beiden Eingaben v. 7. Nov. 1934 und 20. Jan. 1935 hat das LG. als eine einzige im Fortsetzungszusammenhange stehende Handlung beurteilt — gegen verschiedene Personen gerichtet werden, nur eine einzige Straftat i. S. des § 164 StGB. vorliegt (vgl. RG. v. 4. Juni 1920 in 4 D 282/20).

V. Es kann dem BeschwF. auch nicht darin beigetreten werden, daß das LG. den Begriff der Leichtfertigkeit i. S. des § 164 Abs. 5 StGB. verkannt habe. Dieser Begriff ist dem Begriffe der bloßen Fahrlässigkeit nicht gleichzusetzen, wie das OLG. Breslau im Urt. v. 6. Nov. 1934, 18/4 S 183/34 (vgl. DJ. 1935, 264), angenommen hat; denn anderenfalls hätte der Gesetzgeber sicherlich in § 164 Abs. 5 StGB. das viel gebräuchlichere Wort „fahrlässig" statt „leichtfertig" gewählt. Unter „Leichtfertigkeit" ist mehr als bloße Fahrlässigkeit zu verstehen; sie ist etwa mit „grober Fahrlässigkeit" gleichzusetzen. Diese Auslegung entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, und für ihre Richtigkeit spricht auch, daß die Rspr. zu § 193 StGB. den Begriff der Leichtfertigkeit ebenfalls stets dahin ausgelegt hat, daß die bloße Fahrlässigkeit i. S. einer leichten Fahrlässigkeit überschritten sein muß. Die Rspr. zu § 193 StGB. geht dahin, daß leichtfertig aufgestellte Behauptungen ehrenkränkender Tatsachen so sehr dem Recht und der guten Sitte zuwiderlaufen, daß das auf solche Weise wahrgenommene Interesse als ein vom Gesetzgeber anerkanntes, schutzwürdiges Interesse i. S. des § 193 StGB. nicht anerkannt werden kann. Als nicht leichtfertig sind in diesem Zusammenhange Äußerungen nur dann angesehen worden, wenn der Beleidiger von deren Wahrheit nicht nur überzeugt war, sondern auch überzeugt sein durfte, und das ist nur anerkannt worden, wenn die Vorwürfe auf Grund zuverlässiger Unterlagen und nach vorheriger gewissenhafter Prüfung — also nicht leichtfertig — erhoben worden sind (vgl. RGSt. 63, 92/94 und 202/205; 64, 13/14; 66, 1/5). Diese Begriffsbestimmung muß als zutreffend auch für den Begriff „leichtfertig" i. S. des § 164 Abs. 5 StGB. anerkannt werden.

(6. Sen. v. 9. Okt. 1935; 6 D 293/35.)

*

21. §§ 164, 186 StGB. Leichtfertige falsche Anschuldigung und Beleidigung.

Die Annahme der Leichtfertigkeit einer Behauptung setzt zunächst voraus, daß diese als positiv unwahr, nicht nur als nicht erweislich wahr, festgestellt wird. Denn wenn nur mit der Möglichkeit der Wahrheit einer Behauptung zu rechnen ist, kann auch nicht festgestellt werden, daß sie leichtfertig unwahr aufgestellt ist.

Zum Begriff der leichtfertigen falschen Anschuldigung i. S. des § 164 Abs. 5 StGB. gehört weiter, daß die falsche Anschuldigung wirklich leichtfertig, d. h. grobfahrlässig begangen ist, wobei ein strenger Maßstab angelegt werden muß. Als Leichtfertigkeit kann es nicht schon angesehen werden, wenn es der Angekl. unterlassen hat, näher nachzuprüfen, ob die Angaben auch wirklich den Tatsachen entsprächen. Es bedarf hierzu der Feststellung, ob ihm eine solche Nachprüfung möglich oder zuzumuten war.

In einem Fall, in dem mehrere Personen in demselben Schreiben beleidigt worden sind, steht grundsätzlich der Annahme mehrerer selbständiger Beleidigungen rechtlich nichts im Wege, wenn die gegen mehrere Personen gerichteten Äußerungen sich an verschiedenen Stellen des Schriftstücks befinden und nur in einem losen Zusammenhang miteinander stehen. Dagegen kann Tatmehrheit nicht angenommen werden, wenn die Beleidigungen durch inhaltlichen Zusammenhang oder durch die äußerliche Fassung so eng miteinander verbunden sind, daß sie nach der natürlichen Auffassung als einheitliche Tat erscheinen; auch kann der Vorsatz so gerichtet sein, daß dasselbe angenommen werden muß (RGSt. 66, 1, 4/5).

Zum Begriff der Beleidigung i. S. des § 186 StGB. gehört nicht unbedingt das bestimmte Behaupten von Tatsachen, sondern auch das Verbreiten von Behauptungen anderer, ja sogar bloßer Gerüchte, kann den Tatbestand jenes Paragraphen erfüllen (RGSt. 22, 221/23; 60, 373/74/75; GoltdArch. 47, 293 und 450/51).

(4. Sen. v. 15. Nov. 1935; 4 D 920/35.)

*

22. § 174 StGB. Begriff der unzüchtigen Handlungen i. S. § 174 StGB.

Das LG. kommt zu dem Ergebnis, daß die Handlungsweise des Angekl. keine unzüchtigen Handlungen i. S. des § 174 StGB. darstelle, indem es davon ausgeht, sie sei „noch nicht geeignet, das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht zu verletzen".

Das LG. stellt es dann rechtlich darauf ab, ob diese Handlungsweise „nach der Anschauung der Volkskreise, in denen der Täter und die Verletzte leben, also in den bäuerlichen Verhältnissen, als unzüchtig angesehen werde", ferner beurteilt es ersichtlich das äußere Geschehen, so wie es sich dem Beobachter darstellt, losgelöst von der Absicht, die der Täter mit seinen Handlungen verbindet.

Zunächst ist hervorzuheben, daß nicht die Anschauung gewisser Volkskreise zugrunde zu legen ist. Entscheidend ist vielmehr die Ansicht des sittlich empfindenden deutschen Menschen schlechthin, d. h. der Allgemeinheit, wie es in früheren Entsch. des RG. ausgesprochen worden ist, oder — was dem Sinne nach dasselbe bedeutet — entscheidend ist die gesunde Volksanschauung. Dabei ist es ohne weiteres klar, daß die gesunde Volksanschauung bei der Wertung von Vorgängen nicht unberücksichtigt lassen wird, in welcher Umgebung die Handlungen vorgekommen sind und wie die Sitten und Gebräuche der Volkskreise sind, in denen sich die Vorgänge abspielen. Nicht zu billigen ist jedenfalls die Meinung des LG., „das Greifen unter die Röcke und nach den Brüsten eines Mädchens werde in bäuerlichen Verhältnissen meistens als ein derber Scherz, nicht aber ohne weiteres als eine unzüchtige Handlung mit dem Mädchen aufgefaßt". Der rechtliche Irrtum des LG. wird offenbar, wenn es in diesem Zusammenhange fortfährt, ein solches Greifen unter die Röcke und nach den Brüsten eines Mädchens „lasse auch oft beim Täter keine wollüstige Absicht erkennen". Für die Frage, ob eine Handlung unzüchtig sei, ist nicht entscheidend, ob sie rein äußerlich — also ohne Rücksicht auf die innere Tatseite — das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzt. Vielmehr ist keine strenge Unterscheidung zwischen der äußeren und inneren Tatseite vorzunehmen. Es kommt nicht darauf an, was ein sittlich anständig empfindender Beobachter, dem nur das äußere Geschehen in die Augen fällt, über den Vorfall denkt, entscheidend ist vielmehr, wie die gesunde Volksanschauung urteilen würde, wenn ihr die Handlung in ihrer ganzen Bedeutung, also sowohl das körperliche Tun wie auch die Gesinnung und die Willensrichtung des Täters bekannt wären.

Das LG. hätte mithin, wie es die äußeren Vorgänge klargestellt hat, sich auch darüber schlüssig werden müssen, von welcher Absicht die Handlungen des Angekl. getragen waren. Es genügte nicht, zu sagen, „den Angeklagten mögen

vielleicht hier und da auch wollüstige Gedanken bei seinem Tun geleitet haben" oder „seine Tätlichkeiten hätten vielleicht auf einer gewissen Sinneslust beruht". Für die rechtliche Beurteilung der Handlungen des Angekl. ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob er sich dabei von wollüstigen Gedanken hat leiten lassen. Es wäre denkbar, daß jedenfalls einzelne der Handgreiflichkeiten, wie sie der Angekl. vorgenommen hat, unter besonderen Umständen nach gesunder Volksanschauung dann nicht als unzüchtig angesehen würden, wenn sie im Kreise junger Burschen und Mädchen aus reinem Übermut ohne jede geschlechtliche Absicht vorgenommen worden wären. Auch ist nicht jede auf Wollust beruhende oder darauf abzielende Berührung oder handgreifliche Zudringlichkeit als unzüchtige Handlung anzusehen (RGSt. 67, 170, 173).

In erster Reihe hätte das LG. mithin klar aussprechen müssen, welche Feststellungen es hinsichtlich der inneren Einstellung getroffen hat, die den Angekl. bei seinen Handlungen geleitet hat.

(3. Sen. v. 5. Dez. 1935; 3 D 824/35.)

*

23. § 181a StGB. Zum Begriff der „Ausbeutung" und des „Beziehens" des Lebensunterhalts.

Der vom LG. festgestellte Sachverhalt, der BeschwF. habe von der geschiedenen Frau G., die gewerbsmäßig Unzucht treibe, mehrfach Unzuchtsgelder zur teilweisen Befriedigung seiner Lebenshaltungskosten angenommen, rechtfertigt die Verurteilung wegen Zuhälterei nicht. Das Gesetz erfordert, daß der Zuhälter „unter Ausbeutung des unsittlichen Erwerbes" der Dirne ganz oder teilweise den Lebensunterhalt „bezieht". Unter „Ausbeutung" versteht man die bewußte Ausnutzung des Unzuchtsbetriebes für Erwerbszwecke (vgl. RGSt. 62, 345); sie liegt aber nicht vor, wenn der Täter ohne den Vorsatz der Ausnutzung des Unzuchtsbetriebes nur gelegentlich von der Dirne Gelder annimmt, die durch ihre Unzucht verdient worden sind. Auch ein „Beziehen" des Lebensunterhalts liegt nur vor, wenn der Vorsatz des Täters auf Dauerempfang gerichtet ist, und auch das Wort „Lebensunterhalt" weist darauf hin, daß es sich um ein auf — wenn auch kurze — Dauer berechnetes Verhältnis handeln muß, so daß nur einzelne gelegentliche Zuwendungen nicht in Betracht kommen können (vgl. RGSt. 35, 93).

Das LG. hat nur festgestellt, der BeschwF. habe die G. mehrfach vor dem Hause, in dem sie gewohnt habe, erwartet und bis zur nächsten Straßenecke begleitet. Dieser Feststellung ist nicht zu entnehmen, daß er ihr durch seine Begleitung oder auf andere Weise in bezug auf die Ausübung ihres unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt hat, und daß er dies aus Eigennutz getan hat.

(6. Sen. v. 7. Dez. 1935; 6 D 470/35.)

*

24. § 185 StGB. Tätliche Beleidigung durch Verletzung der Geschlechtsehre.

Die außereheliche Beischlafsvollziehung mit einer Zustimmenden ist keine strafbare Beleidigung (RGUrt. vom 25. Febr. 1897: GoltdArch. 45, 47). Das gleiche gilt von der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einer Zustimmenden (vgl. RGSt. 60, 34, 35). Die irrtümliche Annahme der Einwilligung beseitigt daher den Vorsatz (RGUrt. vom 25. März 1926, 3 D 92/26: JW. 1926, 1989), jedoch wird hier zumeist bedingter Vorsatz gegeben sein. Ob ein solcher vorliegt, muß vom Tatrichter geprüft und gegebenenfalls festgestellt werden. Die Einwilligung der Verletzten ist in der Regel dann bedeutungslos, wenn sich die Tat gegen die Geschlechtsehre unreifer Personen im Entwicklungsalter richtet. Ausnahmsweise sind jedoch Verhältnisse denkbar, etwa bei schon geschlechtlich erfahrenen und selbständigen Mädchen, unter denen eine Ehrverletzung wegen ihres Einverständnisses verneint werden kann (RGSt. 60, 35, 36).

(5. Sen. v. 28. Nov. 1935; 5 D 835/35.)

*

25. Das Gesetz zur Einschränkung der Eide im Strafverfahren v. 24. Nov. 1933 hält den Grundsatz aufrecht, daß, von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, die Zeugen im Strafverfahren zu vereidigen sind. Es ist darum nicht zulässig, die im § 61 StPO. vorgesehenen Ausnahmen weit auszulegen.

Der Senat tritt dem Urt. des 4. StrSen. des RG. (RGSt. 68, 311 = JW. 1934, 2980[21]) bei, nach dem das Gericht die Frage, ob der als Zeuge vernommene Verletzte zu vereidigen oder von der Ausnahme des § 61 Nr. 2 StPO. Gebrauch zu machen ist, von der Stellungnahme zu der Glaubwürdigkeit des Zeugen abhängig machen muß. Der Senat macht sich auch die Begründung des Urt. zu eigen. Er hat auch bereits in seinem Urt. v. 13. Aug. 1935 (1 D 491/35: JW. 1935, 2976[49]) in gleichem Sinne entschieden. Wenn also in solchen Fällen bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen keine Anzeichen dafür erkennbar werden, er könnte infolge Voreingenommenheit gegen den Angekl. von der Wahrheit abweichen, ist die Vereidigung geboten.

(1. Sen. v. 25. Okt. 1935; 1 D 783/35.)

*

26. §§ 2, 7 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. Das StraffreihG. verbietet nicht die Einleitung oder Fortführung eines selbständigen Einziehungsverfahrens.

Der Barkassenführer R. aus H. war beschuldigt, im März 1934 im Hafen zu H. mittels der Barkasse „T." Rohkaffee in das Zollinland eingeschmuggelt und sich dadurch der Zollhinterziehung schuldig gemacht zu haben. Das Verfahren, das wegen dieses Vorganges gegen R. geführt wurde, ist eingestellt worden, weil es als unter das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 fallend angesehen wurde. Die StA. verfolgt jedoch die Einziehung der Barkasse „T.", die bei dem Schmuggel als Beförderungsmittel für das Schmuggelgut gedient haben soll, im Wege des selbständigen Einziehungsverfahrens. Die StrK. hat die Einziehung abgelehnt, weil das Ges. v. 7. Aug. 1934 nach seinem § 7 Abs. 1 auch Sicherungsmaßnahmen ergreife, mithin auch die Einziehung, soweit sie, wie hier, nicht Strafe, sondern Sicherungsmaßnahme sei. Die Rev. des Nebenkl. hatte Erfolg.

Die StrK. läßt bei ihrer Entsch. außer acht, daß sich § 7 des Ges. v. 7. Aug. 1934 ausschließlich auf den Erlaß von Strafen oder Maßnahmen bezieht, die bei dem Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig festgesetzt waren, nicht aber auf die Niederschlagung anhängiger Verfahren. Insoweit findet sich die hier maßgebende Vorschrift in § 2 des Ges. Sie hat, wie schon ihr Wortlaut klar ergibt, nur Verfahren zum Gegenstand, die auf Bestrafung des Täters gerichtet sind. Dagegen verbietet sie nicht, ein selbständiges Einziehungsverfahren einzuleiten oder fortzuführen, soweit ein solches nach den hierfür geltenden Vorschriften zulässig ist (vgl. Beschl. des erk. Sen. v. 29. Okt. 1934, 3 D 966/34, und Urt. des erk. Sen. v. 22. Aug. 1935, 3 D 431/35 zu B: JW. 1935, 3163[10]).

Daß StraffreihG., soweit sie nicht ausdrücklich anders bestimmen, das selbständige Einziehungsverfahren unberührt lassen, hat das RG. schon mehrfach ausgesprochen (RGSt. 53, 124 f., 309). Es genügt, wegen der Begründung auf diese Urteile zu verweisen (vgl. auch RGSt. 67, 215, 217 = JW. 1933, 1327; Urt. des erk. Sen. v. 28. Mai 1934, 3 D 102/34; BayObLG.: JW. 1935, 546[1] sowie die von dem RFM. im Einvernehmen mit dem RJM. erlassenen Verfügungen: RZollBl. 1933, 4, 132; 1934, 498). Die Bestimmung des § 7 StraffreihG. auf die Niederschlagung entsprechend anzuwenden, geht nicht an; eine solche entsprechende Anwendung würde auch nicht ohne die Vorschrift des § 7 Abs. 2 möglich sein, also die Einziehung nicht umfassen (vgl. die erwähnte Entsch. des BayObLG.).

Die Zulässigkeit des selbständigen Einziehungsverfahrens ergibt sich für den vorl. Fall aus §§ 401, 414 RAbgO. i. d. Fass. der Bek. v. 22. Mai 1931 (RGBl. I, 161), der VO. v. 23. Dez. 1931 (RGBl. I, 779, 783), zweiter Teil § 3 Nr. 1 und der VO. v. 18. März 1933 (RGBl. I, 109, 112) Kap. II Art. 2 Nr. 2.

Der Rechtsirrtum, dem die StrK. hiernach unterlegen ist, führt zur Aufhebung des angef. Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz. Für die erneute Hauptverhandlung wird noch die Entsch. des erk. Sen. RGSt. 66, 431 zu beachten sein.

(3. Sen. v. 4. Nov. 1935; 3 D 560/35.)

〈= RGSt. 69, 367.〉

*

27. § 246a StPO. Von der ärztlichen Untersuchung darf nicht nach dem Ermessen des Arztes oder des Gerichts abgesehen werden.

Die Sollvorschrift des § 246a StPO. darf nicht so verstanden werden, daß von einer ärztlichen Untersuchung des Angekl. nach dem Ermessen des Arztes oder des Gerichts abgesehen werden könne. Vielmehr entspricht es dem Wesen der Sache und dem aus dem Wortlaut erkennbaren Willen des Gesetzgebers, die zwingend vorgeschriebene Vernehmung des Arztes über den körperlichen und geistigen Zustand des Täters und die Untersuchung durch den Arzt als zusammengehörig zu betrachten. Beide sind untrennbar in dem Sinne, daß die erste ohne die letzte unmöglich ist, jedenfalls nicht dem Zweck des Gesetzes genügen kann, dem Gericht einen zutreffenden und erschöpfenden Überblick über die Gründe zu gewähren, die im gegebenen Fall für und gegen die schwerwiegende Maßnahme der Entmannung sprechen. Erforderlich sind Untersuchung und Begutachtung stets, und zwar eine Untersuchung, die der Sachverständige unter dem Gesichtspunkt vornimmt, daß mit dieser Maßregel zu rechnen sei (RGSt. 68, 198 = JW. 1934, 2415[13]; RGSt. 68, 327 = JW. 1934, 3064[15]).

(6. Sen. v. 9. Okt. 1935; 6 D 323/35.)

Obergericht Danzig

28. §§ 823, 824 BGB.; §§ 185 ff. StGB. Ein Gauamtsleiter, der auf die Beobachtung der weltanschaulichen Grundsätze der NSDAP. hinwirkt, handelt in Wahrnehmung berechtigter Interessen. Ein Handeln in Wahrnehmung berechtigter Interessen schließt die vorbeugende Unterlassungsklage aus.

Der Kl. und sein im Laufe des Rechtsstreits verstorbener Vater üben eine Rechtsanwaltspraxis aus. Sie sind Nichtarier. Nach einem Gerücht sollte auch der inzwischen verstorbene Pg. Dr. L., Geschäftsführer der Milchzentrale in D., diesen nichtarischen Anwälten die Vertretung in verschiedenen Rechtsangelegenheiten übertragen haben.

Der Bekl., der langjähriger Gaurechtsamtsleiter der NSDAP. und Rechtsanwalt ist, hatte hiervon erfahren. Um der Sache auf den Grund zu gehen, setzte der Gaurechtsamtsleiter mit einem parteiamtlichen Schreiben v. 17. Okt. 1934 den Pg. Dr. L. von diesem Gerücht in Kenntnis, und fragte ihn, ob und was an diesem Gerücht wahr sei, und berief sich dabei auf die Anordnung des Stellvertreters des Führers v. 16. Aug. 1934.

Die Kl. erhielten von diesem Schreiben Kenntnis und erhoben Klage auf Widerruf, Unterlassung derartiger Hinweise für die Zukunft und Auskunftserteilung, an welche Personen derartige Aufforderungen seitens des Bekl. gerichtet worden seien. Sie machten geltend, daß das Verhalten des Bekl. gegen die §§ 1004, 823 ff. BGB. i. Verb. m. § 185 ff. StGB. und den Bestimmungen der RAO., § 1 UnlWG. verstoße.

Das LG. und ObGer. wiesen die Klage ab.

Die vorbeugende Unterlassungsklage, die durch entsprechende Anwendung der §§ 12, 862 und 1004 BGB. durch Rspr. und Schrifttum geschaffen worden ist, setzt einen objektiv rechtswidrigen Eingriff in ein rechtlich geschütztes Gut und die Gefahr der Wiederholung dieses Eingriffs voraus.

Der Brief des Bekl. v. 17. Okt. 1934 an den Pg. Dr. L. stellt einen Eingriff in Erwerb und Fortkommen der Kl. dar. Es fehlt aber an der Rechtswidrigkeit des Eingriffs, weil er in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolgt ist.

Die Rspr. und das Schrifttum hat grundsätzlich die Berufung auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen für die vorbeugende Unterlassungsklage zugelassen (RG. 95, 341 = JW. 1919, 721; Baumbach, Komm. z. UnlWG. S. 139; Staudinger § 824 Anm. 7b). Ob sich ein Eingriff im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen hält und damit seine Rechtswidrigkeit verloren hat, ist auf Grund verständiger und billiger Beurteilung des Sachverhältnisses des einzelnen Falles zu bestimmen, da es sich nicht um einen starren Rechtsbegriff, sondern einen Billigkeitsbegriff handelt.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Eintreten für die nationalsozialistische Weltanschauung und die Propagierung ihrer Grundsätze als Wahrnehmung berechtigter Interessen angesehen werden muß, soweit nicht die aus den Umständen des Einzelfalles sich ergebenden Grenzen überschritten werden.

Es kann als richtig unterstellt werden, daß der Bekl. Dr. L. veranlassen wollte, dahin zu wirken, daß auch Dr. L. und die ihm unterstellten oder nahestehenden öffentlich-rechtlichen Organisationen ihre Anwaltsmandate nur an Anwälte deutschen Volkstums erteilen sollten. Die Auswahl eines Anwalts ist eine Sache besonderen Vertrauens, die nahe, vertrauensvolle Beziehungen des Mandanten zum Anwalt voraussetzt und daher nicht mit einem sonstigen, gewöhnlichen Rechtsgeschäft in dieser Beziehung verglichen werden kann.

Die Kl. behaupten nun, daß der Bekl. mit seiner Warnung an Dr. L. Prozeßaufträge auf die Kl. zu übertragen, eigensüchtige Zwecke verfolgt und die Durchsetzung weltanschaulicher Auffassung nur als Deckmantel für eigene Gewinnabsicht benutzt habe. Es ist allgemein anerkannt, daß ein Verhalten nur dann als Wahrnehmung berechtigter Interessen anerkannt werden kann, wenn der Angreifende wirklich die Absicht gehabt hat, die ihm nahegehenden Belange zu verteidigen und zu verfolgen. Allein die Tatsache, daß der Bekl. Rechtsanwalt ist und die Möglichkeit besteht, die den Kl. entzogenen oder nicht erteilten Prozeßaufträge würden dem Bekl. übertragen, kann die Wettbewerbsabsicht als alleinigen oder wesentlichen Beweggrund eines Handelns nicht erweisen.

Die Kl. haben substantiierte Fälle nicht behauptet, in denen sich der Bekl. auch an andere Personen als Parteigenossen gewandt haben soll. Die Parteigenossen unterstanden aber der Parteidisziplin und den Anordnungen der Parteileitung. Die Einhaltung dieser Parteianordnungen zu überwachen gehört zu den parteiamtlichen Aufgaben des Bekl. als Leiter des Gaurechtsamts. Daß sich der Bekl. im Rahmen dieser Parteifunktion halten wollte, dafür spricht auch der Inhalt des Schreibens v. 17. Okt. 1934. Der parteiamtliche Briefkopf und die Fassung der Unterschrift sowie die ausdrückliche Bezugnahme auf seine parteiamtliche Stellung ergeben, daß der Bekl. nicht als Rechtsanwalt, sondern als Gauamtsleiter tätig wurde.

Durch die Feststellung, daß bei dem Bekl. die Durchführung des Parteiprogramms und der Parteianordnungen Beweggrund seines Handelns gewesen sei, ist die gegenständliche Rechtswidrigkeit und der Unterlassungsanspruch noch nicht ausgeschlossen, da auch die Form, in der die berechtigten Interessen wahrgenommen werden, billig und angemessen sein muß. In diesem Zusammenhang muß vor allem die Tatsache Berücksichtigung finden, daß beide Parteien den Anwaltberuf ausüben. Die gemeinsame Zugehörigkeit zu einem Berufe, der nicht nur in der beruflichen, sondern auch der außerberuflichen Betätigung die Erfüllung weitestgehender Berufspflichten verlangt, erfordert auch größere Zurückhaltung und Rücksichtnahme im politischen und weltanschaulichen Kampf, wenn er sich gegen Berufsgenossen richtet. Die Bindung an die Berufspflichten kann allerdings nicht dazu führen, im weltanschaulichen Kampf vor einem Berufsgenossen haltzumachen, sie muß aber zu einer Mäßigung bei den Angriffen nach Form und Inhalt führen. Daß der Bekl. diese Grenze überschritten hat, kann nicht anerkannt werden.

(ObGer. Danzig, 2. ZivSen., Urt. v. 3. Sept. 1935; 2 II U 93/35.)

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

29. Art. 20, 21, 29, 30 EGBGB.

1. Das Rechtsverhältnis zwischen einer russischen Emigrantin und ihrem unehelichen Kinde beurteilt sich nach dem Recht des russischen Nachfolgestaates, dem sie bei Eintritt der Staatenlosigkeit angehört hat, und zwar in der Gestalt, wie es in dem betreffenden Rechtsgebiet zur Zeit gilt.

2. Das Rechtsverhältnis zwischen einem unehelichen Kind und dem Erzeuger beurteilt sich, abgesehen von der Unterhaltspflicht, nach dem Heimatrecht des Erzeugers. Steht dies aber in unlösbarem Widerspruch mit dem Heimatrechte der Mutter, so geht letzteres vor.

Die 1924 geborene Erika R. ist das uneheliche Kind der staatenlosen, nichtarischen Schneiderin Slata R., die sich seit 1918 in Berlin aufhält und Inhaberin eines sog. Nansenausweises ist. Erzeuger des Kindes ist ein Stadtobersekretär Sch., der arisch ist und die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt. Die Kindesmutter hat 1927 den staatenlosen, nichtarischen Kaufmann Jacob G. geheiratet, mit dem sie auch jetzt zusammenlebt. Das Kind Erika, das sich seit dem Febr. 1925 bei den arischen Eheleuten G., zu denen es die Mutter seinerzeit selbst hingebracht hatte, in Pflege befindet, stand zunächst von seiner Geburt an unter der Amtsvormundschaft des Jugendamts. Dieses wurde jedoch auf seinen Antrag als Vormund entlassen und die Kindesmutter Frau G. zum Vormund des Kindes bestellt. Inzwischen hat das AG. diese Vormundschaft aufgehoben und den Antrag der Pflegemutter Frau G. auf Entlassung der Vormünderin für gegenstandslos erklärt, weil auf das Verhältnis zwischen Mutter und Kind weißrussisches Recht Anwendung zu finden habe, nach dem weißrussischen Gesetz betr. Ehe, Familie und Vormundschaft v. 27. Jan. 1927 aber der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt über ihr Kind zustehe.

Ein weiterer Antrag der Pflegemutter, Frau G., das Personensorgerecht für Erika R. zu entziehen, ist vom AG., ihre hiergegen erhobene Beschw. vom LG. zurückgewiesen worden. Die weitere Beschw. der Pflegemutter des Kindes hatte keinen Erfolg.

Nach dem der einseitigen Kollisionsnorm des Art. 20 EGBGB. zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgedanken beurteilt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kind und seiner Mutter nach dem Heimatsrecht der Mutter (Staudinger-Raape, BGB., 9. Aufl., Art. 20 EinfG., Anm. A). Ist die Mutter, wie hier, staatenlos, so sind also nach Art. 29 Abs. 1 EGBGB. die Gesetze des Staates maßgebend, dem die Mutter zuletzt angehört hat. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschr., durch die die Gesetze des Heimatstaates der unehelichen Mutter für maßgebend erklärt sind. Art. 29 a. a. O. muß aber auch in den Fällen entsprechend angewendet werden, in denen, wie hier, das Staatsangehörigkeitsprinzip infolge analoger Anwendung einer einseitigen Kollisionsnorm gilt (Staudinger-Raape a. a. O. Art. 29 A III 1 a). Denn aus Art. 29 folgt das Prinzip des deutschen Rechts, daß für den Staatenlosen die gesetzlichen Vorschr. gelten sollen, die zur Anwendung kommen würden, wenn er noch seinem früheren Heimatstaat angehören würde.

Diese Grundsätze gelten, wie der Senat bereits in seinem Beschl. v. 3. April 1933 (StAZ. 1934, 280) im Anschluß an ein Urteil des RG. v. 6. Okt. 1927 (RGWarn. 1928 Nr. 13 = JPrRspr. 1928, 46) eingehend dargelegt hat, auch für russische Emigranten. Und zwar findet auf sie das Recht des russischen Nachfolgestaates Anwendung, dem sie zuletzt angehört haben, bevor sie durch Nichtrückkehr staatenlos geworden sind. Maßgebend ist dabei nicht der Rechtszustand, wie er zur Zeit ihres Ausscheidens in Kraft war, sondern das Recht, wie es heute in dem Rechtsgebiet gilt, mit dem der Staatenlose kraft gesetzlicher Fiktion weiter verknüpft bleibt (vgl. dazu Staudinger-Raape a. a. O. Art. 29 E III; Tomforde-Diefenbach-Webler, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, 4. Aufl., S. 218).

Da nun die Kindesmutter 1898 in Drissa Witebsk, also im heutigen Weißrußland, geboren ist, und sich seit 1918 in Deutschland aufhält, haben die Vorinstanzen die Frage der Entziehung des Sorgerechts zutreffend unter Zugrundelegung des Weißr-SSR. Gesetzbuches betr. Ehe, Familie und Vormundschaft vom 27. Jan. 1927 geprüft. Dieses Gesetz unterscheidet nicht zwischen ehelichen und unehelichen Kindern, bestimmt vielmehr in Art. 37 (a. a. O. S. 179), daß die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eltern und Kinder auf der tatsächlichen Abstammung der Kinder beruhen, gleichgültig ob ihre Eltern im Zeitpunkt der Empfängnis und der Geburt der Kinder verheiratet waren oder nicht. Nach Art. 59 des Gesetzes sind ferner die Elternrechte ausschließlich im Interesse der Kinder auszuüben; sie können ihnen durch Beschluß des Gerichts entzogen werden, wenn die Eltern offensichtlich und böswillig ihre Verpflichtungen nicht erfüllen, oder wenn sie die Elternrechte nicht in gehöriger Weise ausüben. Der Anwendung dieser Vorschrift steht nach der zutreffenden Ansicht des LG. Art. 30 EGBGB. nicht entgegen, da sie auch hinsichtlich der Gleichstellung der unehelichen und ehelichen Kinder weder gegen die guten Sitten noch gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen. Denn in ihrer Auswirkung auf den vorliegenden Fall sind die dargelegten Rechtsgrundsätze keineswegs unverträglich mit der deutschen Grundauffassung von Sittlichkeit. Auch ist der Unterschied zwischen den Anschauungen, auf welchen das weißrussische Recht und das konkurrierende deutsche Recht beruht, nicht so erheblich, daß die Anwendung des ausländischen Gesetzes auf den hier zu entscheidenden Tatbestand unmittelbar die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde (RGZ. 60, 296; 63, 19; 73, 366 = JW. 1910, 758). Ob etwa in anders gelagerten Fällen Art. 30 EGBGB. die Anwendung der russischen Familiengesetze hindern würde, bedarf hier keiner Erörterung (vgl. z. B. JW. 1926, 2858).

Zu Unrecht rügt die BeschwF., daß das LG. das weißrussische Familiengesetz insofern verletzt habe, als es der schriftlichen Erklärung des Erzeugers, das Kind solle bei der Familie G. verbleiben, keine Bedeutung beigemessen habe. Denn auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Kind und dem Erzeuger findet das Heimatrecht der Mutter, wie Art. 21 EGBGB. ergibt, nur bzgl. der Unterhaltspflicht Anwendung. Die sonstigen Beziehungen zwischen dem Erzeuger und dem Kinde beurteilen sich dagegen in analoger Anwendung von Art. 20 EGBGB. nach dem Heimatrecht des Vaters, also hier, da der Stadtobersekretär Sch. die deutsche Reichsangehörigkeit besitzt, nach deutschem Recht (so auch LG. Frankfurt a. M.: JPrRspr. 1928 Nr. 51 LG. II Berlin: StAZ. 1924, 248; Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, 1931, S. 145; Staudinger-Raape a. a. O. Art. 21 EG. I, S. 529; abweichend Rundbr. Arch. deutscher Berufsv. 5, 145). Nach § 1707 BGB. ist aber dem unehelichen Vater die Teilnahme an der Personensorge völlig versagt (Staudinger, BGB., 9. Aufl., § 1707 Anm. 3). Die Anwendung dieser Vorschr. führt auch nicht zu einem unlösbaren Widerstreit mit dem Heimatrecht der näherberechtigten Mutter, sondern hat nur zur Folge, daß dieser in den Grenzen des weißrussischen Rechts das Sorgerecht allein zusteht (vgl. über die Lösung derartiger Kollisionen: Staudinger-Raape a. a. O. Art. 20 EG. A II 2; Art. 21 G I a. E.; II 7).

Die Voraussetzungen für eine Entziehung des Sorgerechts gegenüber der Mutter nach Art. 59 des weißrussischen Familiengesetzes halten aber die Vorinstanzen ohne Rechtsirrtum nicht für gegeben. Indem das russische Recht hierfür erfordert, daß die Eltern ihre Rechte in nicht gehöriger Weise ausüben, deckt es sich ungefähr mit dem im § 1666 BGB. aufgestellten Begriff des schuldhaften Sorgerechtsmißbrauchs. Einen solchen Mißbrauch hat der Senat im Anschluß an JFG. 3, 46 allerdings vielfach darin erblickt, daß der Erziehungsberechtigte einen bewußt schroffen Wechsel in der Erziehung des Kindes insofern beabsichtigt, als er dasselbe aus einem ihm liebgewordenen Kreise von Personen ohne berechtigten Grund herausreißen und in eine fremde Umgebung versetzen will (OLG. 33, 364; 31, 410;

SeuffArch. 68 Nr. 61; JW. 1934, 2562). Wenn die BeschwF. diese Grundsätze vorliegend für verletzt hält, so übersieht sie aber, daß die Kindesmutter hier durchaus triftige Gründe für ihr Herausgabeverlangen anzuführen vermag. Denn wie das LG. einwandfrei feststellt, ist Erika ihrer Mutter vollkommen entfremdet und steht ihr mit einer derartigen Abneigung gegenüber, daß das Kind dadurch bereits gesundheitliche Schäden erlitten hat. Diese Abscheu ist nach Auffassung des LG. nicht aus dem Kinde selbst entstanden, sondern auf den Einfluß der Pflegeeltern G. zurückzuführen, die das Kind in ihren Kampf gegen die Mutter hineingezogen haben. Bliebe also das Kind weiter bei den Eheleuten G., so würde sein Familienband zu der natürlichen Mutter für alle Zeiten zerschnitten bleiben. Das würde aber für das Kind sich um so nachteiliger auswirken, als es nicht arisch ist und infolgedessen, was auch vom nationalsozialistischen Standpunkt unerwünscht wäre, bei den arischen Pflegeeltern in einer Umgebung aufwächst, in die es rassemäßig nicht gehört. Deshalb kann der Mutter nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie bestrebt ist, das Kind rechtzeitig in den Kreis seiner Artgenossen zurückzuführen und in der jüdischen Religion zu erziehen, die seiner Rasse entspricht.

Da hiernach nicht festgestellt ist, daß die Kindesmutter ihre Elternrechte in ungehöriger Weise ausübt, wenn sie das Kind dem Einfluß der Eheleute G. entziehen will, war die weitere Beschw. der Pflegemutter als unbegründet zurückzuweisen.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 25. Okt. 1935, 1 a Wx 1116/35.) [H.]

⟨= JFG. 13, 167.⟩

*

30. §§ 1641 Satz 2, 1822 Nr. 1, BGB. Auch die unentgeltliche Aufgabe von Vermögenswerten des Kindes durch den Vater — Schenkung zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht — kann im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegen und vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, wenn höhere, ideelle Gesichtspunkte — Aufrechterhaltung des Sippefriedens — die Handlung des Vaters rechtfertigen.

Der 1935 ohne Errichtung eines Testaments verstorbene Fleischermeister Z. hat als gesetzliche Erben hinterlassen: seine Witwe zu 1/4 des Nachlasses und seine drei aus der Ehe mit ihr hervorgegangenen volljährigen Kinder, von denen eine Tochter verheiratet ist und aus ihrer Ehe wieder Kinder hat. Da der Erblasser den Wunsch geäußert hatte, seine Witwe solle seine alleinige Erbin werden, haben die drei Kinder die ihnen zugefallene Erbschaft ausgeschlagen, in der irrtümlichen Annahme, daß ihr Erbteil der Mutter zufalle, während in Wirklichkeit ihr Erbteil den beiden Enkelkindern zu je 3/8 des Nachlasses zufiel. Auf Antrag der Witwe Z. hat das AG. am 22. Mai 1935 einen gemeinschaftlichen Erbschein nach dem Erblasser dahin ausgestellt, daß seine Witwe zu 1/4 und seine beiden Enkelkinder zu je 3/8 seine Erben geworden sind. Letztere vertreten durch ihren Vater, den Schlächtermeister W., haben die Erbschaft nach ihrem Großvater in einer gemeinschaftlichen notariell beglaubigten Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zugleich mit den drei Kindern des Erblassers gleichfalls ausgeschlagen, ohne jedoch hierzu die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nachzusuchen. Sie haben das auch trotz rechtzeitiger Belehrung seitens des Gerichts nicht getan.

In einer notariellen Verhandlung hat darauf der Schlächtermeister W. als gesetzlicher Vertreter seiner beiden minderjährigen Kinder mit der Witwe Z. unter Darlegung des vorstehend angegebenen Sachverhalts einen Vertrag geschlossen, durch den W. namens seiner beiden Kinder den diesen anfallenden Erbteil von zusammen 3/4 des Nachlasses des verstorbenen Z. mit allen Rechten und Pflichten an die Witwe unentgeltlich übertrug.

Das AG. hat aber dem W. zu Protokoll eröffnet, daß die nachgesuchte vormundschaftliche Genehmigung nicht erteilt werde, weil der Vertrag eine Schenkung an Frau Z. enthalte, Schenkungen dem Vater aber nach § 1641 aus dem Kindesvermögen untersagt seien, und weil von einer Schenkung, die auf einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht beruhe, keine Rede sein könne. Die Beschw. des W. gegen diesen Beschluß ist vom LG. zurückgewiesen worden. Seine weitere Beschw. hatte Erfolg.

Das LG. hat ausgeführt: In der angefochtenen Verfügung sei mit Recht hervorgehoben, daß es sich bei dem in Rede stehenden Vertrage um eine Schenkung des Vaters aus dem Vermögen der durch die Ausschlagung der Kinder des Erblassers zu Erben gewordenen Enkelkinder handle. Eine solche Schenkung sei dem Vater aber nach § 1641 BGB. untersagt. Der BeschwF. könne sich nicht darauf berufen, daß die Schenkung auf einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht beruhe. Hierfür ergebe der Tatbestand keinen Anhalt. Das AG. habe daher mit Recht die erbetene vormundschaftsgerichtliche Genehmigung abgelehnt.

Diese Ausführungen des LG. werden mit Recht von der weiteren Beschw. als rechtsirrtümlich bekämpft. Der Vertrag bedarf nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, weil der Vater als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder durch den Vertrag der Witwe Z. den Erbanteil der Kinder unentgeltlich überlassen will. Die beiden Enkelkinder sind zufolge der Erbausschlagung gem. § 1953 Abs. 2 BGB. neben der Witwe Erben ihres Großvaters zu je 3/8 des Nachlasses geworden; denn die durch ihren Vater zwar rechtzeitig erklärte Erbausschlagung entbehrt der Wirksamkeit, weil der Vater die nach § 1643 Abs. 2 BGB. erforderliche Genehmigung des VormGer. absichtlich nicht eingeholt hat. Wenn nun der Vater der Enkelkinder, um dem Willen des Erblassers nachzukommen, der Witwe das Erbe seiner Kinder unentgeltlich überlassen will, so ist hierin in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen eine Schenkung zu erblicken; denn eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist eine Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516 Abs. 1 BGB.). Nach § 1641 BGB. kann aber der Vater nicht in Vertretung des Kindes Schenkungen machen. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Unter sittlicher Pflicht i. S. des Gesetzes (vgl. auch §§ 534, 814, 1446 Abs. 2, 1804 Satz 2, 2113 Abs. 2 Satz 2, 2205 Satz 3, 2207 Satz 2, 2330 BGB.) ist nicht die Betätigung der allgemeinen Nächstenliebe zu verstehen, vielmehr wird eine besondere, aus den konkreten Umständen des Einzelfalles erwachsene, in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Verpflichtung verlangt (RGZ. 70, 19 = JW. 1908, 754; RGZ. 70, 386 = JW. 1909, 286; RGRKomm.[8], Anm. 2 zu § 534 BGB.). Während hierüber die Überzeugung des ganzen Volkes entscheidet, kommt es bei der Anstandspflicht auf die Anschauungen eines bestimmten Volkskreises an (RGRKomm. a. a. O.). Die Schenkung entspricht einer Anstandspflicht, wenn ihr Unterbleiben gegen die Empfindung der sozial Gleichgestellten verstoßen würde, so daß der Handelnde bei diesen eine Einbuße in der Achtung und Anerkennung erführe (RGZ. 73, 49 = JW. 1910, 299; RGZ. 98, 326; Warn. 1910 Nr. 379). Zu den Anstandsschenkungen gehören Gaben zu Weihnachten, Neujahr, Ostern, Geburtstagen, Hochzeitsgeschenke und u. U. auch Trinkgelder.

Eine Anstandsschenkung kommt hiernach im vorl. Falle nicht in Frage. Zweifelhaft kann nur sein, ob in der beabsichtigten Schenkung die Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu erblicken ist. Das glaubt der Senat im Gegensatz zu den Vorinstanzen bejahen zu sollen, sofern die Richtigkeit der bisher nicht nachgeprüften Angaben der Beteiligten über den Willen des Erblassers, den Grund der Erbausschlagungen sowie der Nichteinholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu der Erbausschlagung der Enkelkinder festgestellt wird.

Wie die Beteiligten, die sämtlich engste Familienangehörige sind — Mutter, Kinder, Schwiegersohn und Enkelkinder —, übereinstimmend angeben, hat der Erblasser den Willen geäußert, daß seine Witwe die alleinige Erbin seines Nachlasses sein sollte. Lediglich durch seinen vorzeitigen Tod sei es nicht zur Abfassung eines entsprechenden Testaments gekommen. Um diesen, ihnen bekannten und erklärten Willen ihres Familien-

oberhauptes zu ehren und zu erfüllen, hätten die Kinder und Enkelkinder die ihnen kraft Gesetzes zugefallene Erbschaft ausgeschlagen, weil sie infolge unrichtiger Beratung seitens eines Juristen der Ansicht gewesen seien, daß die von ihnen ausgeschlagenen Erbanteile der Witwe zufallen und diese nunmehr dem Wunsche des Erblassers entsprechend Alleinerbin sein würde. Ist das richtig, dann ist der jetzige Rechtszustand entgegen der Absicht aller Beteiligten nur infolge der unrichtigen Rechtsbelehrung und der daraufhin vorgenommenen Rechtshandlungen herbeigeführt worden. Wenn sie nunmehr diese gegen ihren Willen eingetretenen Rechtsfolgen durch den von W. mit der Witwe geschlossenen Vertrag beseitigen und dem zwar nicht in gültiger Form niedergelegten, aber von ihnen sämtlich als sie bindend angesehenen Willen ihres Familienoberhauptes in anerkennenswerter Weise nachkommen wollen, so kann diese Handlungsweise sehr wohl als die Erfüllung einer sittlichen Pflicht angesehen und vom VormGer. genehmigt werden. Sie steht auch mit der Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen durchaus im Einklang.

Allerdings ist für die Frage, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem von dem Mündel geschlossenen Vertrage zu erteilen ist, in erster Linie das Interesse des Mündels ausschlaggebend. Gerade dem Interesse der beiden Enkelkinder würde aber im vorl. Falle mehr die Genehmigung des Vertrages als ihre Versagung entsprechen. Zwar geben sie durch den Vertrag beträchtliche Vermögenswerte auf, doch wird andererseits durch Wirksamwerden des Vertrages infolge vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung der innige Zusammenhang und die Einigkeit innerhalb der Familie aufrechterhalten und gefördert, während die Versagung der Genehmigung sehr leicht eine Trübung des Einvernehmens und eine Zerreißung der Familienbande herbeiführen könnte. Die Wahrung des Friedens und des Zusammenhangs innerhalb der Sippe ist aber nach nationalsozialistischer Anschauung ungleich höher zu bewerten als die Erhaltung materieller Vorteile, die zwar in rechtlich einwandfreier Weise, aber nur durch irrtümliche Handlungen anderer Beteiligter ungewollt erlangt sind.

In ähnlicher Weise hat der Senat bereits in einem früheren Beschl. v. 8. Juni 1923 (1 a X 378/23) aus der für den Vormund geltenden, im übrigen mit § 1641 übereinstimmenden Vorschr. des § 1804 Satz 2 BGB. den Rechtssatz hergeleitet, daß der aus der letzteren Best. sich ergebende Gedanke bei entgeltlichen Verträgen des Mündels im Einzelfalle dazu führen könne, das für die Frage der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung maßgebende wohlverstandene Interesse des Mündels in anderer Richtung zu suchen, als sich bei einseitiger Berücksichtigung seiner geldlichen Interessen ergeben würde. Die Stellung des Mündels, seine Beziehungen zum Gegenkontrahenten, die Vermögensverhältnisse der Kontrahenten, Gegenstand und Zweck des Vertrages und die Berücksichtigung der in den beteiligten Volkskreisen herrschenden Anschauungen über Sitte und Anstand könnten u. U. die Erwägung rechtfertigen, daß das Mündelinteresse es erfordere, den Gesichtspunkt des geldlichen Vorteils des Mündels in die zweite Reihe oder auch gänzlich zurücktreten zu lassen.

Geht man von vorstehenden Erwägungen bei Beurteilung des vorl. Falles aus, dann dürften der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages Bedenken kaum entgegenstehen, vorausgesetzt, daß die Angaben der Beteiligten über den Willen ihres Erblassers, den Zweck und die Absichten bei den Erbausschlagungen und dem Vertrage sowie über die Ursache ihres Irrtums den Tatsachen entsprechen. Da von den Vorinstanzen bisher in dieser Richtung keine Ermittlungen vorgenommen sind, auch auf Grund ihres Rechtsstandpunktes nicht vorgenommen zu werden brauchten, war unter Aufhebung beider Vorentscheidungen die Sache zur anderweiten Erörterung und Entsch. an das AG. zurückzuverweisen.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 15. Nov. 1935, 1 a Wx 1633/35.) [H.]

(= JFG. 13, 183.)

*

31. § 1859 Abs. 1 BGB. Ein Familienrat ist gemäß § 1859 Abs. 1 BGB. nur in Ausnahmefällen einzusetzen, wenn nämlich daraus für den Mündel besondere Vorteile zu erwarten sind, die ihm andernfalls bei sonst sachgemäßer Erledigung der vormundschaftlichen Geschäfte voraussichtlich nicht erwachsen würden.

Der 1877 geborene Landesoberinspektor i. R. Albert W. ist durch Beschluß des AG. wegen Trunksucht entmündigt worden. Seine Klage auf Aufhebung der Entmündigung hat das LG. abgewiesen. Der Tischlermeister Heinrich Z. ist zunächst zum vorläufigen und sodann zum endgültigen Vormund des Entmündigten bestellt worden. Er hat die Unterbringung seines Mündels wegen delirium tremens in der Heil- und Pflegeanstalt in H. veranlaßt, wo dieser sich noch jetzt befindet.

Der Schwager des Entmündigten hat in zahlreichen Eingaben an das VormGer. die Amtsführung des Vormundes beanstandet und ausgeführt, daß der Vormund zu Unrecht die Entlassung des Entmündigten aus der zur Aufnahme geisteskranker Personen bestimmten Heil- und Pflegeanstalt verhindere, obwohl sich die Anstaltsleitung mit der Entlassung einverstanden erklärt habe. Nachdem ihm das VormGer. nach Erörterung der Sache mit dem Vormund unter Berücksichtigung der Äußerungen der Anstaltsleitung den Bescheid erteilt hatte, das Verhalten des Vormundes biete keinen Anlaß zu Beanstandungen, hat der Antragsteller um die Einsetzung eines Familienrats für den Entmündigten gebeten.

Der Antrag ist vom AG. abgelehnt, die Beschwerde des Antragstellers vom LG. zurückgewiesen worden.

Die vom BeschwF. auf Grund gegebenen Beschwerderechts (§§ 57 Abs. 1 Nr. 4, 63 RFGG.) erhobene weitere Beschwerde hatte gleichfalls keinen Erfolg.

Für einen unter Vormundschaft stehenden Volljährigen kann ein Familienrat, der nach § 1872 Abs. 1 BGB. die Rechte und Pflichten des VormGer. hat, gem. § 1905 Abs. 1, § 1859 Abs. 1 BGB. nur dann eingesetzt werden, wenn ein Verwandter oder Verschwägerter des Mündels die Einsetzung beantragt und das VormGer. sie im Interesse des Mündels als angemessen erachtet. Das LG. ist bei seiner Entsch. von diesen Voraussetzungen zutreffend ausgegangen, jedoch zu dem Ergebnis gelangt, daß der Sachverhalt keinen Anlaß zur Einsetzung eines Familienrats biete und insbes. der von dem Antragsteller verfolgte Zweck, die Entlassung des Mündels aus der Heilanstalt durchzusetzen, seinen Antrag nicht rechtfertigen könne. Die Erwägungen des LG., die zur Ablehnung des Antrags geführt haben, geben zu Rechtsbedenken keinen Anlaß. Da die Entsch. über einen Antrag auf Einsetzung eines Familienrats in das auf tatsächlichem Gebiet liegende freie Ermessen des VormGer. gestellt ist, kann die angef. Entsch. nach § 27 RFGG. im Verfahren der weiteren Beschwerde nur dann beanstandet werden, wenn das LG. von diesem Ermessen keinen oder einen rechtsirrigen Gebrauch gemacht oder den Sachverhalt, soweit er für die Entsch. von Bedeutung ist, unzureichend aufgeklärt haben würde. In dieser Hinsicht lassen sich jedoch irgendwelche für die angef. Entsch. wesentliche Rechtsverletzungen nicht feststellen.

Die gesetzliche Einrichtung des Familienrats als eines die Tätigkeit des VormGer. als Obervormundschaftsbehörde im wesentlichen ersetzenden Organs beruht auf dem gesetzgeberischen Gedanken, daß es geboten sein kann, in gewissen Ausnahmefällen der Familie des Mündels eine erhöhte und einflußreichere Teilnahme an der Obervormundschaft zu sichern (Mot. z. Entw. eines BGB., Amtl. Ausg. Bd. IV S. 1020 ff.). Es ist hierbei in erster Linie daran gedacht worden, daß die Notwendigkeit zur Fortsetzung bedeutender landwirtschaftlicher oder industrieller, zum Vermögen des Mündels gehörender Betriebe gegeben sein kann, bei denen es der Ergänzung der dem Vormundschaftsrichter fehlenden technischen Kenntnisse durch Mitwirkung geeigneter Verwandter des Mündels bedarf. Wenn in derartigen Fällen, so führen die Motive aus, Verwandte oder Verschwägerte des Mündels

vorhanden seien, von denen man überzeugt sein könne, daß sie von lebendigem Familieninteresse geleitet lediglich das Beste des Mündels vor Augen haben würden, und wenn diese Personen zugleich durch ihre Lebensverhältnisse und ihre Kenntnisse geeignet erschienen, die Angelegenheiten des Mündels zutreffend zu beurteilen, so solle ihre Mitwirkung an der Obervormundschaft nicht nur auf eine gutachtliche Tätigkeit beschränkt bleiben. Vielmehr sollten sie dann auch die Möglichkeit erhalten, sich durch Erteilung von Ratschlägen und durch eigene sachliche Entsch. an der Führung der Vormundschaft zu beteiligen. Dabei ist auch berücksichtigt worden, daß unter diesen Voraussetzungen regelmäßig der Eifer und das Interesse der betreffenden Familienglieder lebendiger sein und das Bewußtsein eigener Verantwortlichkeit eine größere Garantie für die Güte und die Gründlichkeit der einzelnen Maßnahmen bieten werde. Auch könne es im Interesse einer nutzbringenden Verwaltung derartiger bedeutender Unternehmen oft sehr erwünscht sein, wenn die Obervormundschaftsbehörde bei ihren Entsch. nicht ängstlich verfahre, was bei unmittelbarer Beteiligung von Familienangehörigen an der Führung der Vormundschaft eher zu erreichen sei. Wenn danach der Gesetzgeber auch in erster Linie an die bessere Wahrung der vermögensrechtlichen Belange des Mündels durch Zulassung eines Familienrates gedacht hat, so wird in den Motiven doch auch ausdrücklich betont, daß auch andere Fälle denkbar seien, in denen die Bildung eines Familienrates, sei es durch die Art und Weise der von seinen Mitgliedern zu führenden Aufsicht, sei es durch ihren moralischen Einfluß auf den Vormund, sei es in Hinsicht auf die persönlichen oder Familienverhältnisse des Mündels einen wesentlichen Vorteil gewähren könne (Mot. a. a. O. und S. 1203, 1205 ff.).

Nach diesen Gesichtspunkten war auch hier zu prüfen, ob die beantragte Einsetzung eines Familienrates geboten ist. Leitende Gedanken für die Entsch. mußten also sein, daß einmal grundsätzlich dem VormGer. die Führung der Obervormundschaft obliegen und die Einsetzung eines Familienrates nur die Ausnahme bilden soll, ferner auch, daß ein Familienrat nur dann zu bilden ist, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls daraus Vorteile für den Mündel erwartet werden können, die ihm andernfalls bei sonst sachgemäßer Erledigung der vormundschaftlichen Geschäfte nicht erwachsen würden. Diese Gesichtspunkte mußten vorliegend zur Ablehnung des gestellten Antrages führen.

Da der BeschwF. selbst Ziel und Aufgabe des hier einzusetzenden Familienrates darin erblickt, die Entlassung des Mündels aus der Heilanstalt zu erreichen, kommt es vor allem darauf an, ob ein Familienrat hierüber besser und für den Mündel nutzbringender befinden könnte als das VormGer. Mit Recht weist das LG. darauf hin, daß die Frage der Entlassung des Mündels aus der Heilanstalt nur nach Maßgabe ärztlicher Gutachten, insbes. des behandelnden Arztes, entschieden werden kann. Die vom Vormund danach zu treffende Entsch. kann aber, wie das LG. unbedenklich richtig hervorhebt, der Vormundschaftsrichter ebensogut, wenn nicht besser, weil objektiver, treffen als ein Familienrat, der sich hier voraussichtlich aus Familienmitgliedern zusammensetzen würde, die für den Entmündigten eingenommen sind und im Verhältnis zwischen ihm und seiner Ehefrau, die Anlaß zu der Entmündigung gegeben hat, auf seiner Seite stehen, also jedenfalls nicht unbefangen darüber urteilen würden, welche Maßnahmen dem Interesse des Mündels am besten dienen. Eine andere hier aber nicht zu entscheidende Frage ist es allerdings, ob der die Anstaltsentlassung des Mündels zur Zeit ablehnende Standpunkt des Vormunds richtig ist und ob dem VormGer., das die Entschließungen des Vormunds billigt, gefolgt werden kann, ferner auch, ob die Entmündigung des Mündels zu Recht ausgesprochen worden ist oder, wie der BeschwF. meint, vor allem auf die dem Mündel feindliche Einstellung seiner Ehefrau zurückgeführt werden muß. Denn wenn der BeschwF. zur Abstellung der nach seiner Meinung insoweit vorgekommenen Fehler und bestehenden Mängel in der Führung der Vormundschaft und in der Behandlung der Entmündigungssache die Einsetzung eines Familienrates begehrt, so verkennt er, daß diesen Zwecken die gesetzliche Einrichtung des Familienrates nicht dienen kann. Der Familienrat soll nur der Erreichung von Vorteilen für den Mündel dienen, die ihm auch im Falle sachgemäßer Erledigung der vormundschaftlichen Geschäfte andernfalls entgehen würden. Er soll aber nicht den Familienmitgliedern einen Rechtsbehelf geben zur Ausschaltung eines nach ihrer Ansicht ungeeigneten Vormunds und eines angeblich unrichtig entscheidenden VormGer. Glauben die Familienmitglieder, daß der Vormund und das VormGer. unsachgemäß und zum Nachteil des Mündels handeln, so müssen sie ein Einschreiten des VormGer. gem. §§ 1837, 1886 BGB. gegen den Vormund beantragen und bei Ablehnung des Antrags durch das VormGer. die Entsch. des BeschwG. anrufen. Dagegen ist ein Antrag auf Einsetzung eines Familienrats nicht der gegebene Weg zur Bekämpfung vermeintlich unsachgemäßer und falscher Entschließungen des Vormunds und des VormGer.

Da im übrigen auch sonst Anhaltspunkte dafür fehlen, daß die Einsetzung eines Familienrats für den Entmündigten irgendwie nutzbringend sein könnte, der BeschwF. auch selbst keine Tatsachen vorgetragen hat, die eine solche Maßnahme rechtfertigen könnten, hat das LG. rechtsbedenkenfrei von der Durchführung besonderer Ermittlungen abgesehen und die Beschwerde gegen die Entsch. des VormGer. zurückgewiesen.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 25. Okt. 1935, 1a Wx 1500/35.) [H.]

<= JFG. 13, 188.>

*

32. §§ 2136, 2269 BGB. Haben Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament eine gegenseitige Erbeinsetzung nach § 2269 BGB. mit einer bedingten Nacherbeinsetzung der Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden verbunden, so ist beim Fehlen entgegenstehender Umstände davon auszugehen, daß sie einander als Vorerben im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung haben befreien wollen.

Als Eigentümer des Grundstückes ist im Grundbuche Karl W. eingetragen. Nach seinem Tode verkaufte seine Witwe das Grundstück zum Preise von 2500 *RM* an die Eheleute K. und ließ es ihnen auf. Die Erwerber beantragten bei dem GBA. die Eigentumsumschreibung und bezogen sich zum Nachweise der Verfügungsbefugnis der Witwe W. auf ein bei den Nachlaßakten desselben AG. befindliches, zu Protokoll eines Notars errichtetes gemeinschaftliches Testament der Eheleute W. v. 21. Mai 1920. Darin heißt es: „I. Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein. II. Nach dem Tode des Letztlebenden von uns soll unser gemeinschaftlicher Nachlaß an unsere Kinder gleichanteilig fallen. Unsere Kinder sind: ... III. Sollte der Überlebende zur anderweiten Ehe schreiten, so soll er sich mit den Kindern nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge auseinandersetzen ..."

Das GBA. verlangte mittels Zwischenverfügung die Beibringung der Zustimmung der in dem Testament für den Fall der Wiederverheiratung zu Nacherben eingesetzten Kinder. Eine Beschwerde der Antragsteller wurde vom LG. zurückgewiesen. Ihre weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Das Verlangen des GBA. ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Witwe W. Vorerbin ihres Mannes geworden ist, sei es auch nur bedingt für den Fall ihrer Wiederverheiratung, und wenn sie als solche von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB. nicht befreit ist.

Daß die Witwe in erster Linie Vollerbin werden und den Nachlaß des Mannes erst mit ihrem Tode als nunmehr zu ihrem eigenen Vermögen gehörig auf die Kinder vererben sollte, wird von den Vorinstanzen bedenkenfrei angenommen. Es entspricht dies der Auslegungsregel des § 2269 BGB., für deren Ausschaltung hier nicht der geringste Anhaltspunkt vorlag. Dem LG. ist — entgegen der Ansicht der weiteren Beschwerde — auch darin beizutreten, daß die Bestimmung in Ziff. III des Testamentes rechtlich nur als Anordnung einer bedingten Nacherbfolge aufgefaßt werden kann. Wenn die Witwe sich im Falle ihrer Wiederverheiratung „mit den

Kindern nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge auseinandersetzen" soll, so ist unerläßliche Vorbedingung hierfür, daß die Kinder in jenem Zeitpunkte neben ihr ebenfalls Erben geworden sind. Denn nur mit anderen Miterben kann man sich „nach den Regeln der gesetzlichen Erfolge auseinandersetzen". Damit ist der Fall des § 2100 BGB. gegeben: die Kinder werden in Höhe ihrer gesetzlichen Erbteile erst Erben, nachdem zuvor ein anderer, nämlich die Witwe bis zu der Wiederverheiratung, Erbin gewesen ist, mit anderen Worten: sie sind — immer unter der Bedingung der Wiederverheiratung der Witwe — in dem bezeichneten Umfange Nacherben, während die Witwe im selben Umfange Vorerbin ist (vgl. KGJ. 42, 113, 114).

Es kommt deshalb weiter darauf an, ob die Witwe von der regelmäßigen Beschränkung eines Vorerben in der Verfügung über Grundstücke (§ 2113 Abs. 1 BGB.) durch eine Anordnung des Erblassers (§§ 2136, 2137 BGB.) befreit worden ist. Der angefochtene Beschluß verneint dies mit der Begründung: Daraus, daß die Eheleute sich in Ziff. I gegenseitig zu Alleinerben (soll heißen: Vollerben) eingesetzt hätten, könne nicht entnommen werden, daß die für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden angeordnete Beschränkung durch eine Nacherbfolge eine sogenannte befreite i. S. des § 2136 BGB. sei. Gegenüber der Vorschrift des § 2113 bildeten die §§ 2136, 2137 BGB. eine Ausnahme, und gerade im Erbrecht seien Ausnahmen unter einen besonders strengen Maßstab zu stellen. Hieran ist schon zu beanstanden, daß es einen solchen Grundsatz nicht gibt. An die Feststellung einer Ausnahme von der Regelgestaltung sind bei der Auslegung von Testamenten durchaus nicht strengere Anforderungen zu stellen als sonst, sondern im Gegenteil weniger strenge. Denn es kommt hier in erster Linie darauf an, den Willen des Erblassers, unter Umständen sogar nur denjenigen, den er bei Voraussicht einer künftigen Gestaltung der Dinge mutmaßlich gehabt haben würde (vgl. RGZ. 99, 85; 110, 306), zur Geltung zu bringen. Dazu genügt es, daß er in dem Testament auch nur andeutungsweise zum Ausdrucke gelangt ist.

Von seinem grundsätzlichen Standpunkte aus hat das LG. zu Unrecht die Interessenlage nicht näher geprüft, wie sie für Eheleute bei Abfassung eines Testamentes der vorl. Art regelmäßig besteht. Im Hinblick auf diese Interessenlage hat aber das KG. schon in KGJ. 42, 115 bei der Beurteilung eines ganz gleichen Falles ausgesprochen: Man müsse, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprächen, grundsätzlich davon ausgehen, daß bei der Verbindung einer Erbeinsetzung nach § 2269 BGB. mit einer bedingten Nacherbeinsetzung der Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten die Erblasser einander als Vorerben im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung (§ 2136 BGB.) hätten befreien wollen. Zur Begründung dieses Satzes ist ausgeführt: Mangels einer solchen Befreiung würden die Eheleute einander die freie unbeschränkte Stellung eines Vorerben, welche die Erbeinsetzung nach § 2269 BGB. dem Überlebenden gewähre, durch die Anordnung der bedingten Nacherbfolge der Kinder tatsächlich wieder entziehen. Daß eine solche Auslegung den Willen der Eheleute treffe, widerspreche der Lebenserfahrung und bedürfte im einzelnen Falle besonderer Rechtfertigung. Im Zweifel sei in Fällen der vorl. Art der Wille der Erblasser darauf gerichtet, daß der Überlebende bei dem Tode des Erstversterbenden die Stellung eines Alleinerben und das freie Verfügungsrecht über den Nachlaß erlangen, diese Rechtsstellung aber verlieren solle, sobald er sich wiederverheirate, und daß der dann noch vorhandene Nachlaß an die Kinder fallen solle. Die Kinder seien daher in derartigen Fällen regelmäßig nur als auf den Überrest eingesetzt anzusehen.

Dem ist freilich das OLG. Stuttgart: JFG. 6, 162 entgegengetreten: Wenn die Ehegatten im Testament bestimmten, daß für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden irgendwelche Bevorzugung desselben nicht bestehen, vielmehr eine Beschränkung auf das eintreten solle, was ihm auch ohne Testament allein auf Grund gesetzlicher Erbfolge zufalle, so gäben sie damit deutlich zu erkennen, daß sie in der Wiederverheiratung des Überlebenden für den Bestand des Nachlasses eine Gefahr sähen, der sie begegnen wollten. Das könnten sie nur damit tun, daß sie den überlebenden Ehegatten nicht freistellten, sondern ihn den gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben unterwürfen, womit sie ein Aufbrauchen und Beiseiteschaffen des Vermögens zum Nachteile der gemeinsamen Abkömmlinge und zugunsten des neuen Ehegatten zu verhindern in der Lage seien. Die Lebenserfahrung spreche gerade gegen die Absicht, den Überlebenden von den gesetzlichen Schranken eines Vorerben zu befreien. Dem neuen Ehegatten bringe der testierende Ehegatte das Mißtrauen entgegen, er werde seine Stellung vielleicht dazu ausnutzen, sich auf Kosten der Kinder erster Ehe Vorteile zu verschaffen. Der Satz, mangels einer solchen Befreiung würden die Eheleute einander die freie unbeschränkte Stellung eines Vollerben, die § 2269 BGB. gewähre, wieder entziehen, könne nicht gelten, weil noch gar nicht feststehe, daß dem Überlebenden diese Stellung eingeräumt werden solle auch für den Fall, daß es zu einer neuen Heirat komme.

Der Senat verbleibt demgegenüber bei seiner bisherigen Auffassung, da die Gegengründe des OLG. Stuttgart nicht überzeugend sind. Der Beweggrund für eine testamentarische Regelung der hier in Frage stehenden Art braucht keineswegs in der Besorgnis der testierenden Eheleute zu liegen, der Überlebende werde im Falle seiner Wiederverheiratung die gemeinschaftlichen Kinder zugunsten der neuen Familie benachteiligen. Es bestehen auch andere Möglichkeiten, die vielleicht sogar näher liegen. Die Eheleute können den Wunsch haben, einander die Wiederverheiratung zu erschweren; sie können ferner davon ausgehen, daß der Überlebende im Falle seiner Wiederverheiratung für seinen Lebensunterhalt auf den ganzen Nachlaß des Erstverstorbenen nicht mehr angewiesen sei. Wenn sie aber wirklich einmal in der Wiederverheiratung eine Gefahr für den Bestand des Nachlasses sehen, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie diese Gefahr auch schon für die Zeit vor der Wiederverheiratung für begründet halten. Es ist immerhin etwas wesentlich anderes, ob man dem anderen Ehegatten zutraut, er werde schon vor der neuen Heirat darauf ausgehen, das Vermögen des Verstorbenen auf Kosten der gemeinschaftlichen Kinder zugunsten des künftigen neuen Ehegatten beiseitezuschaffen, oder ob man nur damit rechnet, er werde das Vermögen in der neuen Ehe zugunsten des neuen Ehegatten und der neuen Kinder verbrauchen. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise wird bestätigt durch die zahlreichen gemeinschaftlichen Testamente, in denen sich Ehegatten von vornherein zu befreiten Vorerben vor ihren gemeinschaftlichen Abkömmlingen einsetzen mit der Bestimmung, daß die Nacherbfolge entweder mit dem Tode des Überlebenden oder mit seiner Wiederverheiratung eintreten solle. Für solche Fälle treffen die Erwägungen des OLG. Stuttgart über den Beweggrund der im Hinblick auf eine Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten getroffenen Regelung offensichtlich nicht zu. Es ist deshalb entgegen seiner Ansicht daran festzuhalten, daß die Lebenserfahrung für die Absicht der Eheleute spricht, den Überlebenden, der in erster Linie Vollerbe und nur für den Fall einer etwaigen Wiederverheiratung Vorerbe werden soll, von den gesetzlichen Schranken eines solchen zu befreien. Das OLG. hat auch den vom KG. dafür weiter angeführten Grund nicht widerlegt, daß die Eheleute sich die grundsätzlich unbeschränkte Stellung eines Vollerben, die dem Überlebenden in erster Linie zugedacht sei, durch die Anordnung einer unbefreiten, bedingten Nacherbfolge praktisch wieder entziehen würden. Wenn das OLG. demgegenüber geltend macht, es stehe ja noch gar nicht fest, daß dem Überlebenden jene freie Stellung auch für den Fall eingeräumt worden sei, daß es zu einer neuen Heirat komme, so wird es der Erwägung des KG. nicht gerecht. Diese geht dahin: Die Eheleute wollen dem Überlebenden zweifellos für den Fall, daß er sich bis zu seinem Tode nicht wieder verheiratet, die unbeschränkte Stellung eines Vollerben einräumen. Sie würden es ihm aber auch gerade für diesen Fall praktisch unmöglich machen, z. B. über ein Nachlaßgrundstück zu verfügen, wenn sie ihn nicht für den Fall der Wiederverheiratung von den Beschränkungen eines Vor-

erben befreiten. Denn der Überlebende kann mangels einer solchen Befreiung, da bis zu seinem Tode nicht feststeht, ob er vielleicht nur Vorerbe ist, bei jeder Verfügung die erforderliche Eintragung in das Grundbuch nur erreichen, wenn er entweder die Zustimmung der bedingten Nacherben beibringt oder wenn er sich vorher mit der Beschränkung durch die bedingte Nacherbfolge in das Grundbuch eintragen läßt. Im letzteren Falle wird sich aber kaum jemand finden, der bereit wäre, ihm das Grundstück abzukaufen oder ihm Geld darauf zu leihen. Denn der Dritte müßte ja immer mit der Möglichkeit rechnen, daß der überlebende Ehegatte sich wieder verheiratet und daß dann die Kinder die von ihm getroffene Verfügung nicht gelten lassen. Können die Eheleute sich aber schon für den Regelfall, daß der Überlebende keine neue Ehe eingeht, die Verfügungsfreiheit praktisch nur dadurch sichern, daß sie ihn für den Fall der Wiederverheiratung von den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben befreien, so spricht das in erheblichem Maße dafür, daß sie eine solche Befreiung mindestens haben in Kauf nehmen wollen, um ihr Hauptziel, eine möglichst freie erbrechtliche Stellung des nicht wieder heiratenden Überlebenden, zu erreichen.

Zur Vorlegung der Sache an das RG. (§ 79 GBO.) gibt die abweichende Auffassung des OLG. Stuttgart keinen Anlaß, weil der Meinungsstreit nicht um eine das Grundbuchrecht betreffende Vorschrift geht und weil außerdem die Entsch. des OLG. auf jener Auffassung nicht beruht.

Schon hiernach erweist sich die Zwischenverfügung des GBA. als unhaltbar, und zwar auch für den Fall, daß die Entgeltlichkeit des Geschäftes, die selbst bei Befreiung des Vorerben Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Verfügungen ist, noch nicht feststehen sollte. Denn das GBA. hätte in diesem Falle die Zustimmung der Nacherben nicht schlechthin verlangen dürfen, sondern den Antragstellern die Möglichkeit offen lassen müssen, den Nachweis noch zu erbringen, was nach der ständigen Rspr. des Senats nicht gerade in der Form des § 29 GBO. zu geschehen braucht (RGZ. 69, 258 = JW. 1908, 683; KGJ. 38, A 223; 40, 181; 41, 176; 52, 142).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 31. Okt. 1935, 1 Wx 460/35.) [Sch.]

<= JFG. 13, 155.>

*

33. Art. 9, 11, 12 PrFGG.; Art. 16 Abs. 1 LGeoO.; § 12 RAGebO.; § 18 Abs. 2 DGKG.; § 568 Abs. 3 ZPO.

1. Ist in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Beteiligter verurteilt, außergerichtliche Kosten zu erstatten (Art. 9 PrFGG.), und ist zur Berechnung dieser Kosten eine Wertfestsetzung erfolgt, so unterliegt diese der Beschwerde auch dann, wenn die Entscheidung in der Hauptsache und damit die Kostenentscheidung aus Art. 9 unanfechtbar ist.

2. Eine weitere Beschwerde gegen die zu 1 genannte Wertfestsetzung findet nicht statt.

Die Antragstellerin ist Eigentümerin eines Grundstücks, das zugunsten der beiden Antragsgegnerinnen mit zusammen 70 000 *RM* Hypotheken belastet ist. In einem auf Grund der VO. des RPräs. über die Zinserleichterung für den landwirtschaftlichen Realkredit v. 27. Sept. 1932 und der DurchfVO. dazu v. 24. Nov. 1932 (RGBl. I, 480, 534) zwischen den Parteien anhängig gewordenen Verfahren hat die Antragstellerin die Feststellung begehrt, daß ihr Grundstück ein landwirtschaftliches sei. Das AG. hat gebührenfrei dem Antrag entsprochen und die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens den Antragsgegnerinnen auferlegt. Die Antragstellerin hat unter Zugrundelegung eines Wertes von 70 000 *RM* die ihr angeblich entstandenen Kosten für Anwaltsvertretung an Hand der Best. der RAGebO. auf 875,18 *RM* berechnet und um Festsetzung dieses Betrages gebeten. Das AG. hat darauf, ohne sonst den Antrag weiter zu erledigen, durch besonderen Beschluß den „Wert des Streitgegenstandes" auf 70 000 *RM* festgesetzt. Die Beschw. der Antragsgegnerinnen, mit der sie Ermäßigung des Streitwerts auf höchstens 3000 *RM* begehrten, ist vom LG. zurückgewiesen worden.

Die weitere Beschw. der Antragsgegnerinnen hatte keinen Erfolg, weil sie sich als unzulässig erweist.

Das AG. hat in Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 1 der erwähnten DurchfVO. seine Sachentscheidung gebührenfrei getroffen. Seine jetzige angefochtene Wertfestsetzung soll also nicht die Grundlage für die Berechnung von Gerichtskosten bilden, in welchem Falle, da es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehandelt hat (Art. 3 Abs. 2 das.), und deshalb das PrGKG. anwendbar wäre, die Beschw. und die weitere Beschw. nach § 26 PrGKG. zulässig sein würde. Vielmehr soll offensichtlich der angefochtene Wertfestsetzungsbeschluß, wenn er das auch nicht ausdrücklich sagt, nach Lage der Sache lediglich die Grundlage der vom Amtsrichter (nicht vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle; vgl. Schlegelberger, FGG., Anm. 5 zu Art. 10 PrFGG.) noch vorzunehmenden zahlenmäßigen Festsetzung der zu erstattenden außergerichtlichen Kosten abgeben. Es handelt sich also um eine Entsch., welche der Durchführung des in Art. 9 ff. PrGKG. geregelten Kostenfestsetzungsverfahren dient. Die die Pflicht zur Kostenerstattung aussprechende Entsch. soll nach Art. 9 „bei" der Sachentscheidung erfolgen. Art. 11 gleicht den Rechtsmittelzug demjenigen zur Hauptsache an, indem, wenn zur Hauptsache die sofortige Beschw. gegeben ist, die Entsch. über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten sowie die Kostenfestsetzung selbst auch nur mit der sofortigen Beschw. angefochten werden können. Daraus hat der Senat bereits den Schluß gezogen, daß, wenn auch die genannten Entsch. selbständig anfechtbar sind, nicht bloß die Art des Rechtsmittels sich nach der Hauptentscheidung richtet, sondern auch wegen der engen Zusammengehörigkeit der Haupt- mit der Kostenentscheidung ein Rechtsmittel gegen letztere nicht gegeben ist, wenn und soweit erstere einer Anfechtung nicht unterliegt (1 a Wx 1147/35). Hier nun ist, wie Art. 3 Abs. 3 Satz 2 DurchfVO. v. 24. Nov. 1932 ausdrücklich bestimmt, die Entsch. des AG. zur Hauptsache jeder Anfechtung entzogen. Es fragt sich deshalb, ob nicht schon aus diesem Grunde auch der bemängelte Wertfestsetzungsbeschluß einem Rechtsmittel nicht unterliegt. Das ist indessen zu verneinen. Die Art. 9—11 behandeln lediglich die Entsch. über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten und die Kostenfestsetzung selbst, nicht aber eine auch in diesem Verfahren mögliche Wertfestsetzung. Das beruht auch nicht etwa auf einem Versehen des Gesetzes, wie sich aus Art. 12 klar ergibt; denn danach soll ein selbst schon rechtskräftiger Kostenfestsetzungsbeschluß noch abgeändert werden können, wenn nachträglich der Wert des Gegenstandes des Verfahrens festgesetzt wird und er von der im Kostenfestsetzungsbeschluß zugrunde gelegten Wertberechnung abweicht. Daraus ergibt sich, daß die Wertsetzung absichtlich aus dem Verfahren nach Art. 9—11 PrFGG. herausgelassen worden ist. Sie unterliegt deshalb ihren eigenen Regeln und Rechtsmitteln. Es ist für sie daher auch ohne Bedeutung, daß — wie hier — die Entsch. zur Hauptsache unanfechtbar ist.

Wie bereits gesagt, handelte es sich hier um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die den Antragsgegnerinnen zu erstattenden Kosten für die Zuziehung eines RA. finden danach in Art. 8 ff. PrRAGebO. ihre rechtliche Grundlage. Was die für die Berechnung der Anwaltsgebühren erforderliche Feststellung des Wertes des Gegenstandes betrifft, so verweist Art. 16 Abs. 1 PrRAGebO. auf eine entsprechende Anwendung der §§ 10—12 RAGebO. Der § 18 Abs. 2 DGKG. wie der § 12 RAGebO. gewähren aber gegen die gerichtliche Wertfestsetzung nur die Beschw. nach Maßgabe des § 567 Abs. 3 und der §§ 568 bis 575 ZPO. Hier hat das AG. den Streitwert festgesetzt, das LG. über die Beschw. dagegen entschieden. Nach § 568 Abs. 3 ZPO. unterliegen Entscheidungen der LG. in betreff der Prozeßkosten nicht der weiteren Beschw. Daß die Wertfestsetzung aber eine „Entsch. in betreff der Prozeßkosten" ist, ist jetzt allgemein anerkannt (JW. 1900, 590; 1907, 678; OLG. 32, 392; BayRpflZ. 1924, 327).

Nach alledem ist eine selbständige weitere Beschw. nicht zulässig, wenn das AG. für die Berechnung der außergerichtlichen Kosten eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Gegenstandswert durch Beschluß festgesetzt hat.

(KG., ZivSen. 1 a, Beschl. v. 6. Nov. 1935, 1 a Wx 1724/35.) [H.]

<= JFG. 13, 193.>

34. § 11 NotarGebO. Dem Notar steht neben der Gebühr für die Vermittelung einer Auseinandersetzung eine Entwurfsgebühr nur zu, wenn es sich um den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Auseinandersetzungsvertrags handelt, wenn sich die Beteiligten also über den Inhalt des Auseinandersetzungsvertrags oder die Beilegung ihres Streits über die Auseinandersetzung einig sind.

Der ohne Hinterlassung eines Testaments verstorbene Fabrikant Aloys Sch. ist von seiner Ehefrau und seinen acht Kindern beerbt worden. Der Miterbe Kaufmann Alfred Sch. beauftragte einige Tage nach dem Tode seines Vaters den Notar Dr. P. mit der Vermittlung der Auseinandersetzung der Erben über den Nachlaß. Der Notar fertigte nach verschiedenen Besprechungen mit dem Kaufmann Alfred Sch. und dessen Beistand Ende Okt. 1932 den Entwurf eines Erbauseinandersetzungsvertrages an, der jedoch nicht die Zustimmung der übrigen Miterben fand. Nach einer Verhandlung der Angelegenheit zwischen den Erben unter Anwesenheit des Notars, die Ende des Jahres 1932 eines Abends in der Wohnung der Witwe des Erblassers stattfand, entwarf der Notar unter Berücksichtigung der Abänderungswünsche der Beteiligten Anfang Jan. 1933 einen neuen Auseinandersetzungsvertrag und übersandte ihn sämtlichen Miterben zur Kenntnisnahme und Zustimmung. Es war jedoch auch über den neuen Entwurf eine Einigung der Miterben nicht zu erzielen. Nach weiteren Verhandlungen des Notars mit den Erben erachtete der Notar eine Fortsetzung seiner Bemühungen für aussichtslos und sah seine Tätigkeit als beendet an. Eine Erbauseinandersetzung hat bis jetzt nicht stattgefunden.

Der Notar hat für seine Tätigkeit von dem Kaufmann Alfred Sch. Gebühren und Auslagen in Höhe von 264,96 *RM* erfordert, indem er nach einem Gegenstandswert von 25000 *RM* neben der Vermittelungsgebühr aus § 11 NotarGebO. noch eine Entwurfsgebühr aus §§ 32, 34 PrGKG. berechnet.

Auf Antrag des Gebührenschuldners hat der LGPräs. die Gebühren des Notars auf 200 *RM* festgesetzt, indem er ihm nach einem Wert von 40000—50000 *RM* nur eine Gebühr aus § 11 Abs. 1 Satz 2 NotarGebO. zugebilligt, dagegen die von dem Notar weiter begehrte Gebühr aus § 34 PrGKG. für die Anfertigung des Vertragsentwurfes abgesetzt hat.

Die hiergegen von dem Notar erhobene Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Der LGPräs. nimmt zutreffend an, daß der Notar hier von dem Kostenschuldner mit der Vermittlung der Erbauseinandersetzung über den Nachlaß seines Vaters unter den beteiligten Miterben beauftragt worden ist, seine Tätigkeit also dem Gebührentatbestand des § 11 NotarGebO. entspricht. Es ist nicht erforderlich, daß der Notar von sämtlichen Beteiligten um die Vermittlung der Erbauseinandersetzung ersucht sein muß. Vielmehr genügt schon der Auftrag auch nur eines Beteiligten, sofern nur der Notar nicht einseitig des Interesse seines Auftraggebers, sondern auch das aller übrigen Beteiligten wahrnehmen soll (KG.: BürBl. 1912, 184), eine Voraussetzung, die nach Lage der Sache hier unbedenklich gegeben ist. Wie der LGPräs. im übrigen weiter richtig ausführt, sieht § 11 NotarGebO., soweit er hier in Betracht kommen kann, für die Tätigkeit des Notars zwei verschiedene Gebühren vor, nämlich einmal eine Gebühr für die Vermittlung der Auseinandersetzung als solche, das heißt für seine Bemühungen, eine Einigung der Beteiligten auf einen bestimmten Auseinandersetzungsplan herbeizuführen (Abs. 1 das.), und weiter eine Gebühr für die Beurkundung oder den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Vertrages (Abs. 2 das.). Es ist hier unstreitig, daß der Notar zwar um die Vermittlung der Erbauseinandersetzung der Miterben über den Nachlaß ihres Erblassers bemüht gewesen, das Verfahren aber trotz seiner Bemühungen nicht durchgeführt worden ist. Mit Rücksicht hierauf hat ihm der LGPräs. mit Recht nur die Gebühr aus § 11 Abs. 1 Satz 2 NotarGebO. in Höhe des zweifachen Betrages der vollen Gebühr zuerkannt.

Der Notar erhebt jedoch außerdem Anspruch auf die Gebühr des § 11 Abs. 2 Satz 1 NotarGebO., weil er mehrere Entwürfe zu einem Auseinandersetzungsvertrage der Miterben angefertigt habe. Der LGPräs. hat die Festsetzung dieser Gebühr abgelehnt mit der Begründung, daß eine Vereinbarung der Erben über die endgültige Auseinandersetzung nicht zustande gekommen sei, also auch kein das Verfahren abschließender Vertrag i. S. dieser Gebührenvorschrift von dem Notar entworfen werden konnte. Den Ausführungen des LGPräs. ist beizutreten. Die Bestimmung des § 11 Abs. 2 Satz 1 NotarGebO. hat ihre jetzt geltende Fassung bereits in der NotarGebO. v. 25. Juni 1895 (GS. 256) gefunden. Der Regierungsentwurf zu diesem Gesetz enthielt noch nicht den Zusatz, daß der Notar „für den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Vertrages" eine Gebühr erheben könne, sah vielmehr nur eine Gebühr für die Beurkundung des Auseinandersetzungsvertrages vor. Allerdings wurde in der amtlichen Begründung hierzu zum Ausdruck gebracht, daß durch die vorgeschlagene Gesetzesfassung nicht ein Anspruch des Notars auf die Gebühr für die Beurkundung eines nicht unter § 11 Abs. 2 NotarGebO. fallenden Vertrages und auch nicht auf die im PrGKG. und in der NotarGebO. für die Vorbereitung einer Beurkundung vorgesehenen Gebühren ausgeschlossen werden solle (LTDrucks. 1895 Nr. 9 zu § 10 NotarGebO. a. F.). Gleichwohl gab die von der Regierung vorgeschlagene Gesetzesfassung zu Bedenken Anlaß. Nachdem ein Abgeordneter insbes. geltend gemacht hatte, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Notar nur die Gebühr für die Beurkundung eines Auseinandersetzungsvertrages zustehe, ihm aber auch für den Fall eine Gebühr gesichert werden müsse, „daß eine sehr schwierige Erbteilung durchgeführt ist bis soweit, daß der Notar sogar schon den Entwurf gefertigt hat, und der Auftrag sich in dem Augenblick erledigt, wo die Parteien den Entwurf unterschreiben sollen" (Stenogr. Ber. des PrLT. 1895, 1692), wurde die Fassung des § 11 Abs. 2 NotarGebO. dahin geändert, daß der Notar auch für den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Vertrages die gleiche Gebühr wie für die Beurkundung erhalten solle. Aus dieser Entstehungsgeschichte muß zunächst entnommen werden, daß entgegen dem von der Regierung ursprünglich vertretenen Standpunkt § 11 Abs. 2 NotarGebO. abschließend die Gebühren regelt, die der Notar für die Beurkundung oder den Entwurf eines das Auseinandersetzungsverfahren betreffenden Auseinandersetzungsvertrages erhalten soll, daß er aber darüber hinaus für seine Tätigkeit, soweit sie das Auseinandersetzungsverfahren angeht und soweit nicht § 11 Abs. 1 und 3 NotarGebO. Vorschriften gibt, weitere selbständige Gebühren nicht beanspruchen kann (Mügel-Ehm, PrGKG.[7], § 10 NotarGebO. a. F. Anm. 4). Aus der Fassung des § 11 Abs. 2 NotarGebO. und der hierfür ursächlichen Verhandlungen muß aber weiter gefolgert werden, daß der Notar abweichend von der allgemeinen Vorschrift des § 9 NotarGebO. im Rahmen des Auseinandersetzungsverfahrens nicht schon dafür, daß er überhaupt einen Entwurf anfertigt, eine Entwurfsgebühr beanspruchen kann, sondern daß es sich dabei um den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Auseinandersetzungsvertrages handeln muß. Von einem Entwurf in diesem Sinne läßt sich aber nach der Entstehungsgeschichte erst dann sprechen, wenn sich die Beteiligten über den Inhalt der Auseinandersetzung oder die Beilegung ihres Streits über die Auseinandersetzung einig sind. Es genügt nicht, daß der Notar den Entwurf lediglich auf Grund der Vorschläge nur einzelner Beteiligter anfertigt, mag das auch in der Erwartung geschehen, daß die übrigen Beteiligten sich damit einverstanden erklären werden und so der Entwurf zu einem das Verfahren abschließenden Vertrage führen wird. Solange es an der Einigung der Beteiligten über den Inhalt ihrer Auseinandersetzung fehlt, ist die Möglichkeit eines Abschlusses des Verfahrens durch einen Auseinandersetzungsvertrag und demgemäß auch zum Entwurf eines das Verfahren abschließenden Vertrages i. S. des § 11 Abs. 2 NotarGebO. überhaupt nicht gegeben. Wenn der Notar, ohne daß eine derartige Willenseinigung der Beteiligten besteht, seine oder die aus dem Kreise der Beteiligten stammenden Vorschläge über die Auseinandersetzung in die Form eines Vertragsentwurfes kleidet, so

bleiben sie nur Vorbereitungshandlungen für eine spätere Einigung über die Auseinandersetzung. Es sind lediglich Bemühungen um die Vermittlung der Auseinandersetzung in vertraglicher Formulierung, die aber nicht die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 1 NotarGebO. erfüllen, sondern durch die Gebühr aus Abs. 1 das. abgegolten werden.

Nach diesen rechtlichen Erwägungen hat der LGPräs. mit Recht dem Notar eine Gebühr aus § 11 Abs. 2 Satz 1 NotarGebO. versagt. Denn der von ihm gefertigte erste Entwurf beruht überhaupt nur auf den einseitigen Vorschlägen, die der Kostenschuldner für die Auseinandersetzung der Miterben gemacht hatte, kann also niemals als Widergabe des geeinigten Willens aller bis dahin über die Auseinandersetzung streitenden Miterben angesehen werden. Dem zweiten Entwurf ist allerdings eine Besprechung zwischen allen Miterben über die Auseinandersetzung unter Mitwirkung des Notars vorausgegangen. Aber auch hierbei ist es nach den eigenen Darlegungen des Notars zu einer Einigung aller Beteiligten über die Auseinandersetzung nicht gekommen. Denn der Notar trägt selbst vor, daß der erste Entwurf nicht die Billigung der übrigen Miterben gefunden habe, diese vielmehr Änderungen wünschten, und daß er sodann den zweiten Entwurf wiederum auf Veranlassung des Kostenschuldners und *eines Teils* der Miterben unter Berücksichtigung der Änderungswünsche angefertigt habe, ohne daß die Zustimmung aller Miterben zu dem abgeänderten Entwurf zu erreichen war. Wenn auch der Notar jetzt offenbar den Standpunkt vertreten will, der geänderte Entwurf habe dem in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gekommenen Willen aller Beteiligten entsprochen, so wird diese Ansicht doch durch seine früheren Ausführungen und auch dadurch widerlegt, daß er den geänderten Entwurf allen Beteiligten übersandt hat mit der Bitte um Prüfung und Äußerung, ob sie damit einverstanden seien. Es lassen sich unter diesen Umständen die Entwürfe nur als Ausdruck der Bemühungen des Notars zum Zwecke der Vermittlung der Auseinandersetzung ansehen, die gebührenrechtlich unter § 11 Abs. 1 NotarGebO. fallen. Den Entwurf eines das Verfahren abschließenden Vertrages i. S. des § 11 Abs. 2 Satz 1 NotarGebO. hat der Notar nicht gefertigt.

(KG., ZivSen. 1a, Beschl. v. 4. Okt. 1935, 1a Wx 1308, 1309/35.) [H.]

*

35. § 808 ZPO. *An den auf dem Friedhof aufgestellten Grabdenkmälern steht der Gewahrsam allein der Friedhofsverwaltung zu.*

Der Gläubiger hatte auf Bestellung des Schuldners einen Grabstein für das Grab des Schwiegervaters des Schuldners hergestellt und auf dem Friedhof aufgestellt. Da der Schuldner außer einer geringen Anzahlung weitere Zahlungen nicht leistete, erstritt der Gläubiger wegen des Kaufpreises gegen den Schuldner ein Urt. auf Zahlung und ließ auf Grund dieses Urt. den Grabstein pfänden. Die Erinnerung des Schuldners gegen diese Pfändung ist zurückgewiesen worden (Beschl. des Sen. v. 5. Febr. 1935: JW. 1935, 2072).

Neben dem Schuldner hat die Schwiegermutter des Schuldners Erinnerung eingelegt; sie hat zur Begründung vorgebracht, daß durch die Pfändung ihr Gewahrsam verletzt worden sei. Der Grabstein stehe auf einer Doppelgrabstelle; auf der einen Grabstätte sei ihr Ehemann beerdigt, während die andere für sie reserviert sei; der Grabstein sei ihr vom Schuldner geschenkt worden.

Das AG. hat der Erinnerung mit der Begründung stattgegeben, daß der Erinnerungsführerin als Grabstelleninhaberin der Gewahrsam am Grabstein zustehe. Das LG. hat dagegen die Erinnerung zurückgewiesen; es ist der Meinung, daß der Friedhofsverwaltung der alleinige Gewahrsam zustehe.

Die weitere Beschw. der Erinnerungsführerin ist nicht begründet. Mit Recht hat das LG. angenommen, daß der Alleingewahrsam an dem Grabstein der Friedhofsverwaltung zusteht. Daß dieser der alleinige Gewahrsam am Friedhof selbst zusteht, kann nicht zweifelhaft sein. Dies schließt freilich noch nicht aus, daß andere Gewahrsam an Sachen haben, die sich auf dem Friedhof befinden. Es fehlt aber hinsichtlich der Grabsteine an der tatsächlichen Verfügungsgewalt der Hinterbliebenen. Diese behalten zwar das Eigentum am Grabstein auch nach der Aufstellung; der unmittelbare Besitz aber geht mit der Aufstellung auf die Friedhofsverwaltung (oder den Friedhofseigentümer) über, der auch der alleinige Gewahrsam an der Grabstelle zusteht. Die Angehörigen des Verstorbenen, dem der Grabstein gesetzt worden ist, haben zwar das Recht, die Grabstätte zu pflegen und zu schmücken; darin kann aber die Ausübung einer tatsächlichen Gewalt über die Grabstätte nicht erblickt werden. Gegen die Annahme eines Gewahrsams der Angehörigen spricht, daß diese nicht berechtigt sind, einen Grabstein ohne Genehmigung der Friedhofsverwaltung vom Friedhof zu entfernen; auch haben die Angehörigen nur in demselben Umfang Zutritt zum Friedhof wie jeder Dritte. Es besteht auch keinerlei Bedürfnis, den Angehörigen eine tatsächliche Verfügungsgewalt zuzusprechen, da ein Grabmal dazu bestimmt ist, ein Teil der Grabstätte zu werden und nicht nur vorübergehend aufgestellt wird. Stellt sich die Notwendigkeit heraus, einen Grabstein vor Ablauf der Liegefrist von der Grabstelle zu entfernen, sei es, daß er ausgebessert werden muß oder daß eine neue Inschrift angebracht werden soll, so genügt der den Hinterbliebenen zustehende Herausgabeanspruch gegen die Friedhofsverwaltung. Es widerspricht der Lebensauffassung, daß neben dem Gewahrsam der Friedhofsverwaltung noch eine tatsächliche Verfügungsgewalt anderer bestehe. Dies gilt auch dann, wenn der Grabstein zum Teil auf einer Grabstelle steht, die für einen noch Lebenden reserviert ist, und zwar auch dann, wenn der Grabstein im Eigentum dieses noch Lebenden stehen sollte. Auch diesem fehlt die *tatsächliche* Verfügungsgewalt. Das AG. folgert für diesen Fall den Gewahrsam des Stellenberechtigten daraus, daß dieser Inhaber der Stelle sei. Wenn es mit dieser Bezeichnung zum Ausdruck bringen will, daß der Berechtigte Inhaber des Gewahrsams an der ihm reservierten Stelle sei, so ist dem nicht beizutreten; wer sich eine Grabstelle reservieren läßt, erlangt damit zwar ein Nutzungsrecht, das nach dem betreffenden Landesrecht sogar dinglicher Natur sein mag, die tatsächliche Verfügungsgewalt über diese Stelle bleibt aber bei der Friedhofsverwaltung.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 22. Okt. 1935, 8 W 6048/35.)

*

Kiel

36. § 538 *Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. Wenn die erste Instanz einen von mehreren Aussprüchen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen hat, obwohl der Anspruch richtig als unbegründet abzuweisen war, so erübrigt sich eine Zurückverweisung in die erste Instanz dann, wenn die Begründung des Urteils erster Instanz hinsichtlich der weiteren Ansprüche ergibt, daß sämtliche Ansprüche für unbegründet gehalten werden.*

Die Kl. verlangt Feststellung, daß der Bekl., Prof. bei der Untersuchungs- und Forschungsanstalt in O., verpflichtet sei, ihr allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch einen ihr Futtermittel „X." herabsetzenden Zeitungsaufsatz des Bekl. entstanden sei. Sie verlangt weiter, daß dem Bekl. verboten werde, die Behauptungen dieses Aufsatzes zu wiederholen, und daß er verurteilt werde, die Behauptungen zu widerrufen, schließlich auch, daß ihr zugesprochen werde, das den Bekl. verurteilende Erkenntnis zu veröffentlichen. Das LG. hat die Klage abgewiesen, und zwar mit der Begr., daß nicht der Bekl. persönlich hafte, sondern die ihn anstellende Körperschaft (Art. 131 RVerf.; § 839 BGB.). Das OLG. hat die Ber. der Kl. mit der gleichen Begr. zurückgewiesen.

Nun hat das LG. nur hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs die Klage für unbegründet erklärt, hinsichtlich der letzten Anträge auf Unterlassung, Widerruf und Urteilsveröffentlichung aber die Klage abgewiesen, weil insoweit der Rechtsweg unzulässig sei. Diese Ansicht ist jedoch rechtsirrig. Allerdings ist der Rechtsweg insoweit nicht gegeben, als aus der Amtspflicht-

verletzung eines Beamten dessen Behörde, d. h. der Staat oder eine Körperschaft, auf Widerruf und Unterlassung in Anspruch genommen wird, weil im ordentlichen Rechtsweg nicht Verwaltungshandlungen erzwungen werden können (RGZ. 78, 210; SeuffArch. 69 Nr. 105). Aber hier ist noch kein Anspruch gegen eine Körperschaft geltend gemacht; hier ist bisher nur eine Privatperson verklagt, und dieser gegenüber sind derartige Ansprüche im ordentlichen Rechtsweg durchaus verfolgbar. Soweit das LG. den Rechtsweg für unzulässig erklärt hat, muß der Senat an sich nach § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. die Sache an das Gericht der ersten Instanz zurückverweisen. Der Senat hat trotzdem von einer Zurückverweisung abgesehen. Beide Parteien haben für den Fall, daß der Senat den Anspruch auch auf Unterlassung usw. für unbegründet erklären sollte, gebeten, von einer Zurückverweisung abzusehen. Wenn auch ein Verzicht auf Innehaltung einer prozessualen zwingenden Vorschr. nicht von deren Innehaltung befreit (RGZ. 14, 356; 22, 393), so wäre doch eine Zurückverweisung im vorl. Falle sinn- und zwecklos. Das LG. hat bereits den Hauptanspruch für unbegründet erklärt. Es liegt außerhalb des Bereichs jeden vernünftigen Ermessens, anzunehmen, daß das LG. bei einer Zurückverweisung — in Übereinstimmung mit seiner erstinstanzlichen Entsch. und der des OLG. — nunmehr anders entscheiden, also auch die Nebenansprüche für sachlich unbegründet erklären wird. Die Zurückverweisung würde daher nicht den vom Gesetz vorgesehenen Erfolg haben, dem Kl. nicht eine Instanz sachlicher Entsch. zu rauben, sondern würde ihm eine weitere, von ihm nicht gewollte Instanz aufzwingen und nur den Erfolg haben, daß erheblich mehr Kosten entstehen und dafür ein Satz der Entscheidungsgründe geändert wird. Unter solchen Umständen wäre die Befolgung einer — für ganz andere Fälle gedachten — Gesetzesvorschrift tatsächlich Verletzung des Sinnes des Gesetzes; alsdann aber kann sie aus dem Geiste nationalsozialistischer Rechtsanwendung heraus nicht als vorhanden angesehen werden. Es besteht also für den Senat die Möglichkeit sachlicher Entsch. über alle Ansprüche. Der Senat hält sämtliche Ansprüche für unbegründet; zu Recht hat daher das LG. die Klage abgewiesen.

(OLG. Kiel, 1. ZivSen., Urt. v. 23. Sept. 1935, 1 U 132/35.)

*

Marienwerder

37. § 850 ZPO. ist auch auf Beamte im Nebenberuf anwendbar. Die Amtsunkostenentschädigung eines preußischen Amtsvorstehers ist als Dienstaufwandsentschädigung unpfändbar.

Es trifft zunächst nicht zu, daß § 850 ZPO. sich nur auf hauptamtlich tätige Beamte bezieht, deren Arbeitskraft durch das Amt ganz oder wesentlich in Anspruch genommen wird. Zu einer solchen einschränkenden Auslegung dieser Vorschr., die mit ihrer Fassung nicht im Einklang stehen würde, liegt kein Anlaß vor. Vielmehr ist sie auch auf Beamte im Nebenberuf anwendbar, gleichviel, ob diese noch eine sonstige Erwerbstätigkeit ausüben. Es kann weiter dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Amtsunkostenentschädigung der Amtsvorsteher, wie sie der Schuldner nach Auskunft des Landrats in Höhe von 347,20 *RM* jährlich bezieht, um Dienstbezüge i. S. des § 850 Abs. 1 handelt. Auf jeden Fall ist sie ihrem Wesen nach als Dienstaufwandsentschädigung gem. § 850 Abs. 2 S. 2 anzusehen. Denn es handelt sich dabei um eine Erstattung der von dem Beamten zur Durchführung seiner amtlichen Tätigkeit gemachten oder zu machenden tatsächlichen Aufwendungen. Einkünfte, die zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, sind aber gem. § 850 Abs. 2 S. 2 schlechthin unpfändbar.

(OLG. Marienwerder, 1. ZivSen., Beschl. v. 18. Nov. 1935, 1 W 140/35.)

*

Naumburg

38. §§ 125, 127 ZPO. Dem Armenanwalt steht eine Beschwerde gegen den Beschluß, durch den die Nachzahlung von Kosten gemäß § 125 ZPO. abgelehnt ist, nicht zu.

Der BeschwF. war dem Kl. als ArmAnw. beigeordnet. Die Klage auf Herausgabe eines Grundstücks hat Erfolg gehabt. Der BeschwF. hat nunmehr beantragt, anzuordnen, daß seine Partei diejenigen Beträge nachzahle, von deren Berichtigung sie als zum Armenrecht zugelassen zunächst befreit war (§ 125 ZPO.). Das LG. hat diesen Antrag durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschw. Sie ist nicht zulässig. Das RG. (in der Entsch. RGZ. 64, 18 übergeht es diese Frage) hat bereits im Beschl. v. 30. Jan. 1888 (RGZ. 20, 417) in diesem Sinne entschieden und dabei den Gedanken in den Vordergrund gerückt, Sinn und Bedeutung der Vorschr. des § 127 ZPO. sei, der das Armenrecht begehrenden Partei ungünstige Entsch. anfechtbar, ihr günstige Entsch. aber unanfechtbar zu gestalten. Dem ist beizutreten. Es ist in der Tat nicht einzusehen, aus welchem inneren Grunde ein Beschluß wie der vorliegende, der den das Armenrecht bewilligenden Beschluß lediglich aufrechterhält, einer dem letzteren ausdrücklich versagten Anfechtung unterliegen sollte. So hat sich auch die herrschende Lehre dem Standpunkte des RG. angeschlossen (Stein-Jonas, § 127 Note 1; KG., 22. ZivSen., Beschluß vom 17. Febr. 1933: JW. 1933, 1538). Wenn demgegenüber Baumbach (§ 127 Note 1) und der 29. ZivSen. des KG. im Beschluß v. 7. Nov. 1931 (JW. 1932, 671) das Beschwerderecht des Anwalts, der zweifellos sachlich interessiert ist, aus Billigkeitsgründen und deshalb bejahen, weil der die Nachzahlung ablehnende Beschluß nicht ausdrücklich in § 127 ZPO. der Anfechtung entzogen ist, so überzeugt das nicht. Dem Interesse des ArmAnw. steht das Interesse der armen Partei vor, gegen Angriffe auf ihr günstige Entsch. geschützt zu sein. Einer besonderen Hervorhebung der die Nachzahlung ablehnenden Beschlüsse im Gesetze aber bedurfte es nicht, weil sie mit den Armenrechtsbewilligungsbeschlüssen, die ihnen vorausgegangen sind, eine Einheit bilden. Ergibt sich aus diesen Erwägungen die Unzulässigkeit der erhobenen Beschw., so braucht nicht mehr zu der Frage Stellung genommen zu werden, ob sie nicht auch deshalb unzulässig ist, weil kein „Gesuch" i. S. des § 567 ZPO. durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden ist, sondern nur die Anregung zu einer von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung und Entsch.

(OLG. Naumburg, 6. (Kosten-)ZivSen., Beschl. v. 22. Nov. 1935, 6 W 258/35.)

*

39. §§ 724, 733 ZPO. Zur Vollstreckung gegen mehrere Gesamtschuldner darf regelmäßig nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

Der Kl. ist eine vollstreckbare Urteilsausfertigung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen die fünf als Gesamtschuldner verurteilten Bekl. erteilt worden. Ihr späterer Antrag, ihr fünf vollstreckbare Ausfertigungen gegen jeden der fünf verurteilten Bekl. zu erteilen, ist durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgelehnt worden. Hiergegen hat die Kl. gem. § 576 ZPO. unter Aufrechterhaltung ihres Gesuchs um eine Entsch. des Prozeßgerichts nachgesucht.

Gegen die Zulässigkeit des Gesuches bestehen keine Bedenken. Es steht außer Zweifel, daß, nachdem der Urkundsbeamte nicht gem. § 733 ZPO. eine Entschließung des Vorsitzenden des Senats herbeigeführt, sondern von sich aus zulässigerweise das Gesuch abgelehnt hat, allein das Prozeßgericht zur Entsch. berufen ist.

In sachlicher Hinsicht ist dem Urkundsbeamten darin beizutreten, daß bei einem gegen mehrere Gesamtschuldner ergangenen Urt. grundsätzlich nach § 724 ZPO. nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden darf. Zuzugeben ist der Kl. allerdings, daß im Einzelfalle ein Bedürfnis nach Erteilung mehrerer Ausfertigungen vorliegen kann. Ein solches Bedürfnis wird insbes. dann denkbar sein, wenn die Schuldner an verschiedenen Orten wohnen und die Kl. darlegt, daß die gleichzeitige Vollstreckung an diesen verschiedenen Orten aus besonderen Gründen, z. B. wegen schlechter Vermögensverhältnisse der Schuldner und Unwahrscheinlichkeit der Gefahr einer Doppelbefriedigung ausnahmsweise geboten erscheint. Demgemäß wird auch entgegen der Ansicht des Urkundsbeamten im Schrifttum die Möglichkeit der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung, aber nur auf An-

ordnung des Vorsitzenden gem. § 733 ZPO., in Fällen eines gegen mehrere Gesamtschuldner ergangenen Urt. zugegeben (Stein-Jonas zu § 733 Bem. 1; ebenso OLG. Hamburg: SeuffArch. 57 Nr. 60). Keinesfalls erscheint es jedoch schon nach dem Vorstehenden statthaft, entsprechend dem Antrage und den Ausführungen der Kl. ihr eine vollstreckbare Ausfertigung gegen jeden der Gesamtschuldner lediglich deshalb zu erteilen, weil sie in verschiedenen Prozessen gegen jeden der Bekl. hätte klagen können. Es kommt vielmehr höchstens die Erteilung einer weiteren Ausfertigung und auch dieses nur im Falle eines Bedürfnisses in Frage.

Im vorliegenden Falle ist nun aber ein solches Bedürfnis in keiner Weise dargetan. Die Schuldner wohnen sämtlich in M., und es ist nicht ersichtlich, welches schutzwürdige Interesse die Kl. daran haben könnte, genau gleichzeitig zu derselben Stunde gegen mehrere Schuldner die Vollstreckung vorzunehmen. Die Kl. ist nicht gehindert, gegen den zweiten oder dritten Schuldner und zwar sogar noch an demselben Tage in M. zu vollstrecken, wenn die Vollstreckung bei dem ersten Schuldner nicht zum Ziele führt.

(OLG. Naumburg a. d. S., 4. ZivSen., Beschl. v. 22. Nov. 1935, 4 W 344/35.)

*

40. §§ 829 ff. ZPO. Das Gericht hat zwar nicht zu prüfen, ob eine gepfändete Forderung besteht; ist ihm aber bekannt, daß sie nicht besteht, so fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis für den beantragten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß.

Der Schuldner ist der eheliche Vater der Gläubigerinnen. Durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß des AG. in Q. vom 5. Juli 1935 ist sein Anspruch auf Arbeitslohn an den Steinbruchbesitzer K., soweit er wöchentlich 12 *RM* übersteigt, wegen rückständiger Unterhaltsbeträge gepfändet und den Gläubigerinnen zur Einziehung überwiesen worden. Auf seine Erinnerung hat das AG. durch Beschl. v. 19. Juli 1935 den pfändungsfreien Betrag auf 16 *RM* wöchentlich erhöht. Hiergegen haben die Gläubigerinnen mit dem Erfolge sofortige Beschwerde eingelegt, daß das LG. durch Beschl. vom 1. Okt. 1935 den amtsgerichtlichen Beschl. wieder aufgehoben und den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß wieder hergestellt hat. Das LG. geht davon aus, daß 12 *RM* wöchentlich ausreichend seien. Die Tatsache, daß der Schuldner unstreitig seit dem 3. Aug. 1935 nicht mehr bei K. beschäftigt sei, sei unbeachtlich, da nur die angebliche Forderung des Schuldners gepfändet worden sei. Der Schuldner hat sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Sie ist zulässig, aber nicht begründet. Der Senat vermag allerdings der Auffassung des LG. nicht beizutreten. Das Vollstreckungsgericht hat zwar an sich nicht zu prüfen, ob die Forderung, die gepfändet und überwiesen werden soll, besteht oder nicht. Ist das aber unzweifelhaft nicht der Fall und ist dies dem Gericht bekannt, so hat es die erbetene Vollstreckungsmaßnahme als zwecklos abzulehnen (Sydow-Busch-Krantz, 1934, Anm. 1 zu § 829 ZPO.). So liegt es hier. Der Schuldner hat keine Lohnforderung an K. mehr, auch nicht auf rückständigen Lohn. Die in dieser Sache erlassenen Entsch. des AG. und LG. sind aber mit dem Erlöschen der Ansprüche an K. gegenstandslos geworden. Infolgedessen hat der Schuldner kein Rechtsschutzinteresse an der Einlegung des Rechtsmittels. Dieses war daher als unbegründet zurückzuweisen.

(OLG. Naumburg, Beschl. v. 19. Nov. 1935, 2 W 176/35.)

*

Oldenburg

41. §§ 1154, 894 BGB. Kann der Schuldner einer formlos abgetretenen Hypothek, deren Betrag er an den Zessionar gezahlt hat, den noch im Grundbuch eingetragenen Zedenten auf Löschung dieser Hypothek verklagen? †)

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kl. nicht unter dem Gesichtspunkt der Abtretung gegen den Bekl. eine Klage aus § 1154 BGB. anstrengen konnte (§§ 403 ff. BGB.; RGZ. 115, 307 = JW. 1927, 984; RG.: OLG. 23, 21; RGRKomm., zu § 1154 5); dann aber war der Bekl. regelmäßig nicht verpflichtet, eine Löschungsbewilligung herzugeben, sondern nur eine bzgl. Abtretungserklärung (§ 1154 BGB.). Infolgedessen wäre er insoweit mit seinem Klageantrag auf Einwilligung in die Löschung im Endergebnis wahrscheinlich unterlegen. Daneben ist aber ein Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. gegeben. Danach kann, wenn der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, der dadurch Beeinträchtigte die Berichtigung von dem Betroffenen verlangen.

Das Grundbuch war im Zeitpunkt der Klagerhebung nach zweifacher Richtung hin unrichtig geworden. Einmal durch die nur schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefes (§ 1154 BGB.; Planck, § 894 II 1 b), zum anderen durch Zahlung des Kl. an B. (§ 1163 BGB.; RGZ. 80, 319). Infolgedessen konnte der Kl. als Grundstückseigentümer Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Gegen seine Klagebefugnis bestehen keine Bedenken (RGRKomm., zu § 894, 2; RGZ. 60, 264; insbes. BayRpflZ. 1909, 392; Planck, § 894 III 1 a Schluß). Aber auch der Bekl. ist passiv legitimiert; denn dazu genügt es, wenn er auch nur Buchberechtigter ist (RGWarn. 27, 136; Planck, § 894 IV).

Der Klageantrag hat auf Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung oder Löschung zu gehen nach Wahl des Kl. Er ist nicht wie etwa im Fall des § 1154 BGB. beschränkt auf Hergabe einer Abtretungserklärung. Die Lage des Bekl. wird dadurch nicht unzulässig beschwert (RGZ. 101, 233 = JW. 1921, 834; RGRKomm., zu § 894 3, S. 162 unten; RGZ. 147, 299 = JW. 1935, 2358 [7]). Der Unterschied gegenüber § 1154 BGB. liegt im Endergebnis nur darin, daß die Kosten der erforderlichen Erklärungen vom Kl. zu tragen sind (§ 897 ZPO.).

(OLG. Oldenburg, 2. ZivSen., Beschl. v. 20. Aug., 1935, W 97/35.)

Anmerkung: Im § 894 BGB. ist Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nur gegen den gegeben, dessen Recht durch die verlangte Berichtigung betroffen wird, d. h. gegen den, der als Inhaber eines ihm in Wahrheit nicht zustehenden Rechtes eingetragen steht (vgl. RG.: JurRdsch. 26 Nr. 466).

Derjenige, dessen Recht von einer Eintragung oder Löschung betroffen wird und der sie daher in grundbuchmäßiger Form zu bewilligen hat, ist lediglich der, dessen Recht geschmälert oder beeinträchtigt wird, also der verlierende Teil oder der sogenannte Passivbeteiligte. Das ist insbes. bei der Abtretung einer Hypothek der Abtretende (vgl. KGJ. 23, A 115; OLG. 4, 187; RJA. 3, 40; SeuffArch. 57, 253). Umgekehrt gehört, wenn eine Hypothek durch den Vorbesitzer des Grundstücks getilgt ist, dieser Vorbesitzer zu denjenigen Personen, deren Rechte durch die Löschung betroffen werden (OLG. 3, 224). Zur Löschung einer Hypothek ist also die Bewilligung dessen erforderlich, dem sie materiell zusteht. Das ist zunächst vermutlich der eingetragene Gläubiger, bei nachgewiesener Abtretung aber der Zessionar (KGJ. 35, A 302).

Bei der Prüfung, wer durch eine Eintragung oder Löschung betroffen wird, ist das GBA. nicht auf den unmittelbaren Inhalt des Grundbuchs beschränkt (BayObLG.: BayNotV. 31, 339). Die Berechtigung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers genügt aber nur dann nicht, wenn dem GBA. Umstände bekannt sind, welche die Nichtberechtigung des eingetragenen Gläubigers ergeben (KG. v. 22. Okt. 1931: KGBl. 32, 96). Gewinnt der Grundbuchrichter die Überzeugung, daß das Grundbuch die Person des Berechtigten unrichtig bezeichnet, so hat er die Bewilligung des materiell, wenn auch nicht buchmäßig Berechtigten zu verlangen (KGJ. 20, A 282; 23, A 117; 28, A 92; 35, A 303). Ist das Grundbuch deshalb unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuches auf einen neuen Berechtigten übergegangen ist, so ist die Angabe des materiellen Rechtsaktes erforderlich, durch den der Übergang sich vollzogen hat (vgl. KGJ. 40, A 270).

Nach § 893 BGB. finden die Vorschr. über den Schutz des öffentlichen Glaubens auch dann Anwendung, wenn an den gem. § 1155 BGB. ausgewiesenen Besitzer des Hypothekenbriefes auf Grund der Hypothek die Zahlung bewirkt wird. Nach § 1144 kann dann der zahlende Eigentümer gegen die Befriedi-

gung eines solchen im Grundbuche nicht eingetragenen Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind. Auf Grund der Löschungsbewilligung des gem. §§ 40 Abs. 2, 41 GBO. ausgewiesenen Gläubigers und der Zustimmung des Eigentümers § 27 GBO. hat das GBA. auf Antrag die Löschung vorzunehmen, ohne sich auf eine Prüfung, ob die Hypothek gezahlt oder auf andere Weise getilgt ist oder aus welchem Grunde sie sonst gelöscht wird, und ob sie nicht etwa durch die Zahlung auf einen anderen als den Eigentümer übergegangen ist, einzulassen (vgl. Planck, 4. Aufl., § 1144 N. 4 b β). Ist der Hypothekengläubiger nicht im Grundbuche eingetragen, so kann der Geltendmachung der Hypothek durch ihn gemäß § 1160 BGB. widersprochen werden, wenn er nicht auch die im § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden vorlegt.

Nach der feststehenden Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 78, 90 = JW. 1912, 297; SeuffArch. 77, 141) ist der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs mit dem ihm zugrunde liegenden Rechte verbunden. Er kann daher auch nicht losgelöst von diesem Rechte auf einen anderen übertragen werden (KG. v. 8. Mai 1926: JurRdsch. 26 Nr. 1829). Die Ermächtigung, den einem Dritten zustehenden Berichtigungsanspruch im eigenen Namen und eigenen Interesse geltend zu machen, kann nur beim Vorliegen eines rechtsschutzwürdigen Interesses erteilt werden (RG. v. 21. Jan. 1931: RGWarn. 31, 136; RG. v. 9. Dez. 1931: JW. 1932, 1206).

Ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches kann aber auch als schuldrechtlicher auf Grund der Vorschr. über ungerechtfertigte Bereicherung erhoben werden (vgl. RGZ. 51, 422; 112, 268; JW. 1926, 2571; Gruch. 68, 551). Der durch den unrichtigen Eintrag Belastete kann mit der Leistungsklage nach § 894 BGB. Löschung verlangen, wenn der im Grundbuch als Berechtigter Bezeichnete seine Einwilligung zur Löschung verweigert (vgl. Staudinger, § 894 Nr. III 2 und VI; Planck, § 894 I, III a). Das dem Beeinträchtigten im § 894 gewährte erzwingbare Recht auf Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung ist unabhängig davon, ob die Berichtigungsbedürftigkeit auf ein Verschulden zurückzuführen ist oder nicht. Sonst wäre der Erfolg, auf den es allein ankommt, nicht sichergestellt (OLG. 7, 27[4]). Das KG. hat in langjähriger fester Übung daran festgehalten, daß der Eigentümer zugleich als eventueller Gläubiger der Hypotheken gilt (JFG. 1, 486).

Die prozessuale Geltendmachung des einem anderen zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruchs im eigenen Namen setzt ein schutzwürdiges eigenes Interesse des Kl. voraus. Ein solches liegt z. B. vor, wenn die Eintragung eines Rechtes für den Kl. erstrebt wird (vgl. RG. v. 1. Juli 1925: JW. 1926, 252; vgl. auch wegen Abtretung nach Rechthängigkeit RG. v. 21. Juni 1935: DRZ. 1935 Nr. 579). Die Verschiebung der Parteirolle auf einen Nichtberechtigten muß aber von diesem mit Tatsachen begründet werden, die dartun, daß er ein bestimmtes eigenes Interesse an der gerichtlichen Geltendmachung fremder Rechte hat, und zwar ein solches, das des Schutzes durch die Gerichte würdig ist. Wenn ein Grundstückseigentümer mit der Behauptung, eine Hypothek sei auf ihn als Grundschuld wegen Erlöschens der gesicherten Forderung übergegangen, in einem Rechtsstreit gegen den noch als Hypothekengläubiger eingetragenen früheren Gläubiger auf Bewilligung der Löschung der Hypothek klagt und der Bekl. demgemäß verurteilt wird, wird durch das Urteil der Klagegrund der Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld festgestellt. In einem solchen Rechtsstreite kann der Klageanspruch auf Verurteilung des als Hypothekengläubiger Eingetragenen zur Bewilligung der Löschung nicht deshalb für ungerechtfertigt erachtet werden, weil ein Urteil auf Löschungsbewilligung nicht genügt (RGZ. 101, 231 ff. = JW. 1921, 834).

Der Grundstückseigentümer kann auch die Löschung einer nicht bestehenden dinglichen Belastung ohne Rechtsschutzbedürfnis nicht verlangen (RG. v. 11. Jan. 1932: RGZ. 135, 33 = JW. 1932, 649; DRZ. 32 Nr. 329). Die Klage auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB., die sich auf Beseitigung des Eintrags einer nicht oder nicht mehr bestehenden Belastung richtet, entspricht der Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB. Das Gesetz begnügt sich nicht mit der Voraussetzung, daß die Belastung zu Unrecht eingetragen oder noch eingetragen ist, sondern es verlangt, daß der Kl. durch die unrichtige Eintragung „beeinträchtigt" ist. Die Motive (Bd. III S. 236) führen als Beispiel der Beeinträchtigung an, daß der zu Unrecht Eingetragene durch Veräußerung seines Buchrechts den Gegner schädigen könne, wobei an die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs gedacht ist (§ 892 BGB.); ferner, daß die unrichtige Eintragung bei einer Verfügung über den belasteten Gegenstand hinderlich sein könne. Der Eigentümer kann aber von dem Berichtigungsverpflichteten, wenn dieser als Inhaber eines eingetragenen Rechtes eingetragen ist, das in Wirklichkeit ihm nicht zusteht, nicht verlangen, daß an ihn das Recht übertragen wird in der Weise, wie es für die rechtsgeschäftliche Übertragung eines bestehenden Rechtes dieser Art im Gesetze (§§ 873, 925, 1154 BGB.) vorgeschrieben ist; so z. B. nicht: die Abtretung einer für den Verpflichteten eingetragenen Hypothek, die an ihn als Eigentümer zufolge Befriedigung des Verpflichteten oder seines Rechtsnachfolgers kraft Gesetzes (§§ 1163 Abs. 1, 1167 BGB.) übergegangen ist (vgl. RG.: JW. 1902, Beil. 240, 250).

Der Eigentümer, der den Berichtigungsanspruch im Klagewege geltend macht, kann den Klageantrag dahin stellen, den Bekl. zu verurteilen, zu bewilligen, daß an seiner Stelle der Kl. als Inhaber des Rechtes z. B. als Gläubiger einer Hypothek eingetragen werde. Der Eigentümer kann aber auch auf Bewilligung der Löschung klagen, weil er über seine Eigentümergrundschuld auch dadurch verfügen kann, daß er sie zur Löschung bringt. Dadurch, daß er von dem als Gläubiger Eingetragenen Löschung der Hypothek verlangt, erteilt er selbst seine Einwilligung i. S. des § 185 Abs. 1 BGB. zu dieser jenem an sich nicht zustehenden Verfügung über die Hypothek. Der noch eingetragene frühere Hypothekengläubiger ist andererseits kraft seiner grundbuchmäßigen Eintragung in der Lage, die Löschungsbewilligung zu erklären; dadurch, daß er zur Bewilligung der Löschung anstatt zur Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer verurteilt wird, ist er nicht beschwert (vgl. RGZ. 101, 234 = JW. 1921, 834; Gruch. 58, 670; RGZ. 86, 305; 91, 226). Nach § 875 BGB. ist ja die Löschungsbewilligung die Erklärung des Berechtigten, daß er sein Recht am Grundstücke aufgebe.

Auch der Umstand, daß der früher noch eingetragene Hypothekengläubiger, der die Hypothek rechtswirksam außergrundbuchlich abgetreten hat, nicht mehr der wahre Inhaber der Hypothek ist, die im Grundbuche gelöscht werden soll, gewährt ihm nicht die Einrede gegenüber der gegen ihn erhobenen Klage, daß er nicht der wahre Berechtigte sei. Denn bei der Grundbuchberichtigung handelt es sich nur darum, den Grundbuchinhalt formell mit der wahren Rechtslage in Einklang zu bringen, und nach dem Grundbuche ist der Eingetragene Inhaber des betreffenden Rechtes. Es wird auch die Zustimmung des Buchinhabers allein zur Herbeiführung der Berichtigung bzw. Löschung genügen, weil der Buchinhaber formell dem GBA. gegenüber zur Verfügung über das Recht legitimiert ist (vgl. RJA. 9, 205; KGJ. 49, 206). Der an der Grundbuchberichtigung Beteiligte hat stets ein Interesse an der Zustimmung des Passivbeteiligten, weil sie ihn der Beschaffung des Nachweises der Unrichtigkeit überhebt und die Berichtigung auf eine möglichst sichere Grundlage stellt.

Der verklagte Buchinhaber kann schließlich auch nicht einwenden, daß dem Kl. auf anderem Wege (vgl. z. B. § 22 GBO.) die Herbeiführung der Grundbuchberichtigung möglich sei, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst bereits diese Möglichkeit durch Beschaffung der etwa erforderlichen Urkunden dem Kl. gegeben hat; denn § 894 BGB. macht die Gewährung des Rechts auf Zustimmung nicht davon abhängig, daß dem Berichtigungsberechtigten die Herbeiführung der Berichtigung nicht anders möglich sei (vgl. JW. 1923, 750[3]; OLG. 7, 27; 14, 124; 18, 405). Wenn die Beeinträchtigung des Eigentümers dadurch herbeigeführt ist, daß der Inhalt des Grundbuchs dem wahren Rechte widerspricht, so muß derjenige, zu dessen Gunsten die den Widerspruch ergebende Eintragung besteht, nicht allein die Berichtigung geschehen lassen, sondern auch die zu ihr seinerseits erforderlichen Erklärungen abgeben.

Eine nachträgliche Löschung ändert an der Klageberechti-

gung nichts, läßt vielmehr nur den Anspruch auf Löschung als nunmehr erledigt erscheinen. Ohne Einfluß bleibt weiter auch der Umstand, daß durch Einleitung eines doppelten Verfahrens nach § 894 BGB. und § 22 GBO. behufs Betreibung der Löschung Mehrkosten erwachsen sind. Die Kosten der Berichtigung nach § 22 GBO. hat im Zweifel nach § 897 BGB. der Antragsteller zu tragen. Über die Kosten eines wegen der Löschung durchgeführten Prozesses ist stets nach §§ 91 ff. ZPO. zu entscheiden.

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Dresden

42. § 159 GVG.; § 304 StPO. Die Beschwerde des Treuhänders der Arbeit gegen einen sein Rechtshilfeersuchen ablehnenden Beschluß geht gemäß § 304 StPO. an das LG., nicht an das OLG.

Der in § 159 GVG. geordnete Rechtszug ist nur gegeben, wenn es sich um eine Rechtshilfe in Sachen der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit oder um Inanspruchnahme einer Rechtshilfe handelt, für die laut ausdrücklicher Vorschr. die §§ 157—159 GVG. entsprechend anzuwenden sind.

Im sozialen Ehrengerichtsverfahren finden diese Rechtshilfevorschriften nur auf Rechtshilfeersuchen der Ehrengericht und ihrer Vorsitzenden Anwendung (§ 21 der 3. DurchfVO. zum ArbOG. v. 28. März 1934 [RGBl. I, 255]). Rechtshilfeersuchen des Treuhänders der Arbeit im ehrengerichtlichen Ermittlungsverfahren können nur auf § 27 genannter DurchfVO. gestützt werden, demzufolge die Gerichte und sonstigen öffentlichen Behörden den mit der Durchführung der sozialen Ehrengerichtsbarkeit betrauten Stellen — zu denen nach § 43 ArbOG. auch der Treuhänder der Arbeit gehört — Amts- und Rechtshilfe zu leisten haben. Die §§ 157—159 GVG. sind in § 27 a. a. O. im Gegensatz zu § 21 a. a. O. nicht für anwendbar erklärt. Daher steht dem Treuhänder, wenn sein Rechts- oder Amtshilfeersuchen abgelehnt wird, nicht der Weg des § 159 GVG., sondern nur die Beschw. nach § 304 StPO. offen (vgl. Mansfeld, Komm. zum ArbOG., Anm. 3 c zu § 43; Hueck-Nipperdey, ArbOG., Anm. 10 zu § 43).

(OLG. Dresden, 2. StrSen., Beschl. v. 11. Okt. 1935; 21 Ws 259/35.)

*

München

43. Die Ermächtigung zur Verfolgung einer Beleidigung gemäß § 197 StGB. kann nach einem Urteil des RevG., durch das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist (§ 358 StPO.) nachgeholt werden.

Das BayObLG. hat durch Urt. v. 8. März 1935 ein Urteil der StrK. des LG. C. v. 20. Dez. 1934, durch das der BeschwF. H. wegen Beleidigung einer politischen Körperschaft bestraft worden war, nebst den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an die StrK. zurückverwiesen.

Am 13. April ist die bis dahin nicht gegebene Ermächtigung der beleidigten politischen Körperschaft nachgeholt worden. Die StrK. hat dann am 16. Mai 1935 den Angekl. neuerdings verurteilt. Die vom Angekl. gegen dieses Urteil eingelegte Rev. ist auf die Rüge gestützt, daß die nachgeholte Ermächtigung zur Strafverfolgung (§ 197 StGB.) der Rechtswirksamkeit entbehre, weil sie nur solange nachgeholt werden konnte, als ein Urteil des RevG. überhaupt noch nicht ergangen gewesen sei, nicht mehr aber dann, wenn das RevG. das Urteil des BG. aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. zurückverwiesen habe.

Die Rev. war erfolglos.

Daß die nunmehr vorl. Ermächtigung zur Strafverfolgung von der zuständigen Stelle erteilt und demnach rechtswirksam ist, hat das Ergebnis der Erhebungen dargetan. Ihrer Erholung nach Erlaß des Urteils des RevG. v. 8. März 1935 steht ein rechtliches Bedenken nicht entgegen; denn dieses Urteil erledigte das Verfahren nicht; es stellte auch nicht etwa das Verfahren wegen der mangelnden Prozeßvoraussetzung ein; das Verfahren blieb also im ganzen Umfange anhängig. Die vom BeschwF. der Entsch. des RG. (RGSt. 68, 124 = JW. 1934, 2072) gegebene einschränkende Auslegung ist rechtsirrig und findet weder in den Gründen dieser Entsch., noch im Gesetze eine Stütze. Auch § 358 Abs. 1 StPO. im Zusammenhalte mit dem Urteil des RevG. v. 8. März 1935 stand einer vollständigen neuen Würdigung des Sachverhalts durch das BG. nicht entgegen; denn dieses Urteil hat sich nicht über die rechtliche Wirksamkeit einer nachgeholten Ermächtigung nach § 197 StGB. ausgesprochen, sondern nur — entsprechend der damaligen Verfahrenslage — dahin, daß, solange nicht eine Ermächtigung vorliegt, grundsätzlich die rechtlichen Voraussetzungen für eine Einstellung des Verfahrens gegeben sind.

Da zudem selbst bei urteilsmäßiger Einstellung des Verfahrens wegen fehlender Ermächtigung der Erneuerung des Verfahrens bei nachgebrachter Ermächtigung kein Hindernis entgegenstünde — die Nachbringung der Ermächtigung ist an keine Frist gebunden — würde der vom BeschwF. vertretene Standpunkt auch zu einer zwecklosen Weiterung führen und sachgemäßen Prozeßgrundsätzen widerstreiten.

(OLG. München, 1. StrSen., Urt. v. 4. Okt. 1935, I Ss Nr. 182/35.) [D.]

*

Stuttgart

44. §§ 18 Abs. 1, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. vom 4. Febr. 1935; § 5 Abs. 1 Ziff. 3 2. DurchfVO. z. DevG. v. 24. Juli 1935; § 2a Abs. 2 StGB.; § 7 Ges. über Reichsverweisungen v. 23. März 1934. Zur Strafbarkeit der Verwendung von aus der Einlösung von Registermarkschecks erlangten Beträgen zu anderen als Reisezwecken. Reichsverweisungen dürfen im Urteil nicht mehr für zulässig erkannt werden.†)

Das SchöffG. hat festgestellt, daß der Angekl., ein Ausländer (Jugoslawe), in der Zeit vom 21. Sept. 1934 bis 7. Dez. 1934 Reiseschecks in Höhe von insgesamt 4750 Registermark bei deutschen Banken eingelöst und seiner Absicht bei der Einlösung des Geldes zufolge einen Betrag von 2000 bis 3000 *RM* hiervon zum Ankauf von Strümpfen in Ch. verwendet hat, die er unter Zuhilfenahme anderer Personen und unter Umgehung der Einfuhrbestimmungen nach Frankreich geschmuggelt und hier mit erheblichem Gewinn verkauft hat. Das SchöffG. hat den Angekl. unter Berufung auf Baer, „Die Strafbarkeit unerlaubter Verwendung von Registermark": JW. 1935, 913 auf Grund der §§ 42 Abs. 1 Ziff. 3, 18 Abs. 1 DevG. v. 4. Febr. 1935 (RGBl. I, 106) — diese Bestimmungen enthalten die Neufassung der §§ 20, 36 Abs. 1 Ziff. 3 DevVO. v. 23. Mai 1932 (RGBl. I, 231) i. Verb. m. § 4 Abs. 2 der 4. DurchfVO. z. DevVO. v. 9. Mai 1933 (RGBl. I, 278) — verurteilt und zugunsten des Reichs den Betrag von 1500 *RM* eingezogen. Weiter hat das SchöffG. für zulässig erklärt, daß die zuständige Verwaltungsbehörde den Angekl. binnen einer Frist von 6 Monaten nach Rechtskraft des Urteils aus dem Reichsgebiet verweist.

Der Rev. des Angekl. war der Erfolg nicht zu versagen. Zwar hat das SchöffG. zutreffend und ohne ersichtlichen Rechtsirrtum angenommen, daß der Angekl. mit seiner festgestellten Tätigkeit vorsätzlich über eine auf Reichsmark lautende Forderung, die zugunsten eines Ausländers nach dem 3. Aug. 1931 entstanden ist, ohne die Genehmigung der Reichsbank verfügt hat, welche sich diese bei der Entstehung der Forderung vorbehalten hat (Sperrguthaben). Eine Genehmigung zur Verfügung über diese Registerguthaben ist von der Reichsbank nur insofern erteilt, als sie von außerhalb Deutschlands wohnenden Personen dazu verwendet werden, die Kosten für Reisen in Deutschland und damit zusammenhängende Aufwendungen zu bezahlen (vgl. das Deutsche Kreditabkommen v. 26. Febr. 1934 Ziff. 10, 7a d. RAnz. Nr. 50/1934 und die entsprechenden späteren Abkommen). Es sei hier auf

die nach Ansicht des Strafsenats zutreffenden Ausführungen des Urt. des RG. v. 5. Aug. 1935: JW. 1935, 2957 verwiesen. Auf die Bestimmung des § 44 DevG. kann sich der Angekl. mit Erfolg nicht berufen. Denn das SchöffG. hat ohne ersichtlichen Rechtsirrtum festgestellt, der Angekl. habe gewußt, daß es nicht gestattet ist, Registermark zum Wareneinkauf zu verwenden. Er hat sonach seine Tat nicht für eine erlaubte gehalten.

Nun bestimmt aber Art. II § 5 Abs. 1 Ziff. 3 der insoweit am 28. Juli 1935 in Kraft getretenen 2. DurchfVO. z. DevG. v. 24. Juli 1935 (RGBl. I, 1046): „Mit der in § 43 des Devisengesetzes angedrohten Strafe wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig den Bestimmungen der Reichsbank über die Verwendung von Reichsmarkbeträgen aus Registerguthaben im Reiseverkehr zuwiderhandelt." Diese Strafbestimmung in Verbindung mit Abs. 2 des § 5 dieser VO. ist gegenüber dem § 42 DevG. das mildere Gesetz i. S. des § 2a Abs. 2 StGB., und es könnte deshalb nach § 2a Abs. 2 StGB., da es zur Zeit der Erlassung des angefochtenen Urteils schon in Kraft war, vom SchöffG. angewandt werden, wobei davon auszugehen ist, daß auch die Abhebung von Registermark zu andern als den von der Reichsbank nach Ziff. 10 Nr. 7a des Kreditabkommens genannten Zwecken in Verbindung mit der ungenehmigten Verwendung unter die neue Strafbestimmung des § 5 Abs. 1 Ziff. 3 der 2. DurchfVO. v. 24. Juli 1935 fällt. Nun hat aber das angefochtene Urteil die Anwendung dieses milderen Strafgesetzes, das das SchöffG. anwenden konnte, überhaupt nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen, da es ihm offensichtlich entgangen ist. Hätte das SchöffG. die Frage der Anwendung dieses Strafgesetzes auf Grund des § 2a Abs. 2 StGB. geprüft, wozu es verpflichtet war, so hätte es den Angekl. möglicherweise mit der milderen Strafe des § 43 DevG. belegt. Genügende Anhaltspunkte dafür, daß es auch in diesem Fall den § 42 DevG. zur Anwendung gebracht hätte, liegen nicht vor. Insoweit beruht sonach das Urteil möglicherweise auf einer Gesetzesverletzung, aber auch insoweit, als das SchöffG. auf Grund des durch § 7 Ziff. 3 Ges. über Reichsverweisungen v. 23. März 1934 (RGBl. I, 213) seit 1. Juli 1934 aufgehobenen § 42m StGB. es für zulässig erklärt hat, daß die zuständige Verwaltungsbehörde den Angekl. binnen einer Frist von 6 Monaten nach Rechtskraft des Urteils aus dem Reichsgebiet verweist. Nach §§ 353, 354 Abs. 1 StPO. war sonach unter Aufrechterhaltung der dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Feststellungen dieses aufzuheben und die Sache an das SchöffG. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

(OLG. Stuttgart, StrSen., Urt. v. 7. Dez. 1935, T Nr. 137/35.)

Anmerkung: Die Ausführungen des OLG. Stuttgart begegnen Bedenken. Das OLG. hat die Verwendung der auf Registermarkschecks abgehobenen Beträge zur Bezahlung von Wareneinkäufen durch einen ausländischen Reisenden in enger Anlehnung an das in JW. 1935, 2957 abgedruckte Urteil des RG. als nach §§ 18 Abs. 1, 42 Abs. 1 Ziff. 3 DevG. strafbares Vergehen angesehen. Nachdem Hartenstein: JW. 1935, 2958 in der Anm. zu dem von dem OLG. zitierten Urteil des RG. v. 5. Aug. 1935 eingehend dargelegt hat, daß die Ansicht des RG. sowie die Ausführungen von Baer: JW. 1935, 913 einer devisenrechtlichen Betrachtung nicht standhalten, hätte das OLG. seine Auffassung, die Ausführungen des RG. seien zutreffend, näher begründen müssen. Das RG. hat außerdem in seiner Entsch. nicht zu der 2. DurchfVO. z. DevG. v. 24. Juli 1935 Stellung genommen. Dagegen war das OLG. durchaus in der Lage zu erwägen, daß der Gesetzgeber in der Regel Strafvorschriften schafft, um bisher zulässige Handlungen aus bestimmten Gründen durch Strafandrohungen zu unterbinden. Das OLG. hat sich darauf beschränkt, den § 5 Abs. 1 Ziff. 3 der 2. DurchfVO. z. DevG. als das mildere Gesetz anzuwenden; denn hiernach wird nur mit Geldstrafe (§ 43 DevG.) bestraft, wer den Bestimmungen der Reichsbank über die Verwendung von Reichsmarkbeträgen aus Registerguthaben im Reiseverkehr zuwiderhandelt. Auch nach diesem Urteil behalten die Ausführungen von Hartenstein a. a. O. weiter Geltung; man wird daher dieser Ansicht und der Entsch. des RG. in JW. 1935, 705 folgend, einen Ausländer, der vor dem Inkrafttreten der 2. DurchfVO. Registermarkscheckerlöse für eigene Zwecke, z. B. zur Bezahlung von Waren, zur Tilgung eigener Schulden, verwendet hat, nicht bestrafen können.

Dagegen sind die Ausführungen des OLG. über die Unzulässigkeit des Ausspruchs einer Reichsverweisung im Urteil zutreffend. Seit dem Gesetz über Reichsverweisungen vom 23. März 1934 bestimmt die Verwaltungsbehörde nach eigenem Ermessen, ob ein Tatbestand vorliegt, auf Grund dessen die Reichsverweisung ausgesprochen werden kann. So kann ein Ausländer u. a. gemäß § 2 Ziff. 5 dieses Gesetzes aus dem Reichsgebiet verwiesen werden, wenn er gegen die Vorschriften des Devisenrechts wiederholt oder schwer verstoßen hat, insbes. wenn er die Pflicht zur Anbietung von Devisen wiederholt oder schwer vernachlässigt hat. Da also bereits der Verstoß genügt, ist eine gerichtliche Verurteilung nicht erforderlich. Ob bereits in der — nach dem 28. Juli 1935 vorgenommenen — Verwendung von Registermark zu anderen als Reisezwecken ein schwerer Verstoß liegt, richtet sich nach dem einzelnen Fall; bei der Beurteilung wird die Höhe des Betrages, die Art der Begehung und insbes. das Maß des Verschuldens mitsprechen.

GerAss. Turowski, Berlin.

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

45. § 17 ZwVerstG.; § 1148 BGB. Zwangsversteigerung kann gegen durch Erbschein ausgewiesene Alleinerbin des ursprünglich eingetragenen Eigentümers durchgeführt werden, auch wenn im Grundbuch — zu Unrecht — eine Erbengemeinschaft eingetragen wurde.

Es besteht hier ein Widerstreit zwischen der Eintragung im Grundbuch und der wirklichen Rechtslage. Im Grundbuch sind — nach Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens — auf Grund Erbscheins v. 19. März 1934 die Schuldnerin Frau Th. und Frau L. als Miteigentümerinnen in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen, während aus dem späteren Erbschein v. 22. Mai 1935 hervorgeht, daß lediglich Frau Th. Erbin und demgemäß Alleineigentümerin ist. Ist auch die Eintragung im Grundbuch grundsätzlich für den Versteigerungsrichter maßgebend, so ergibt sich doch aus § 17 Abs. 1, 3 ZwVerstG., daß dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt Geltung hat. Danach kann die Versteigerung auch gegen den nichteingetragenen Eigentümer durchgeführt werden, sofern er Erbe des eingetragenen Eigentümers und die Erbfolge glaubhaft gemacht ist. Durch den zuletzt erwähnten Erbschein ist glaubhaft gemacht, daß Frau Th. Alleinerbin und demgemäß wahre Eigentümerin ist. Die Grundbucheintragung v. 17. April 1934 ist also glaubhaft unrichtig. Der Zwangsversteigerungsrichter ist somit nicht gehindert, Frau Th. als alleinige Eigentümerin anzusehen und zu behandeln. Die — unwiderlegbare — Vermutung des § 1148 BGB. steht hier nicht zur Erörterung. Durch § 1148 BGB. sollte dem Hypothekengläubiger die dingliche Rechtsverfolgung erleichtert, nicht aber erschwert werden. Vorliegend hat der Versteigerungsrichter den Hypothekengläubiger sozusagen gegen dessen Willen veranlaßt, Frau L. auf Grund der formalen Grundbucheintragung als Miteigentümerin anzusehen, obwohl er eine Vollstreckung gegen diese gar nicht beabsichtigte, und alle Beteiligten sich darüber einig sind, daß die Witwe Th. die alleinige Schuldnerin und Eigentümerin ist. Der § 1148 BGB. gilt auch nur bezüglich der dinglichen Forderung und dinglichen Klage (RGRKomm. A. 1 zu § 1148), nicht aber in der vorl. Zwangsversteigerung, wo es gemäß § 17 ZwVerstG. eines Titels gegen den zu Unrecht eingetragenen Nichteigentümer nicht bedarf. Es bestehen somit keine Bedenken, die Zwangsversteigerung gegen Frau Th. durchzuführen. Falls nicht inzwischen gemäß § 22 GBO.

(vgl. auch die Kostenerleichterungsvorschrift des Art. 5 AndVO. v. 5. Aug. 1935 [RGBl. I, 1065]) das Grundbuch bis zum Versteigerungstermin berichtigt werden sollte, würde das in Wirklichkeit nicht bestehende Miteigentum der Frau L. durch den Zuschlag erlöschen, und durch das Ersuchen um Eintragung des Erstehers die Berichtigung des Grundbuchs herbeigeführt werden.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 14. Nov. 1935, 201 T 13382/35.)

*

Bielefeld

46. § 50 ArbGG.; § 699 ZPO. Die Zwangsvollstreckung aus einem nicht von Amts wegen zugestellten Vollstreckungsbefehl des ArbG. ist unzulässig.

Der Gläubiger hat aus einem Vollstreckungsbefehl des ArbG., der dem Schuldner nicht von Amts wegen zugestellt ist, die Zwangsvollstreckung betrieben, nachdem er ihn im Parteibetriebe hatte zustellen lassen. Die deshalb gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung von dem Schuldner erhobene Erinnerung hat das Vollstreckungsgericht als unbegründet zurückgewiesen,.

Die sofortige Beschw. ist begründet.

Nach § 50 Abs. 2 ArbGG. sind Urteile derjenigen Partei, gegen die sie einen Vollstreckungstitel bilden, oder der die Berufung, die Beschw., oder der Einspruch zusteht, vom Amts wegen zuzustellen. Diese Vorschr. wird man auch auf Vollstreckungsbefehle des ArbG. anzuwenden haben. Die Vorschr. des § 699 ZPO., soweit sie die Zustellung der Vollstreckungsbefehle betrifft, ist nicht als eine Sonderbestimmung aufzufassen, sondern entspricht vielmehr dem Grundsatz der ZPO., daß Urteile auch im amtsgerichtlichen Verfahren im Parteibetriebe zuzustellen sind. Daraus ergibt sich, daß die ZPO. den Vollstreckungsbefehl auch in dieser Hinsicht als Urteil (Versäumnisurteil) behandelt wissen will.

Die gleiche Behandlung wird man auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren gelten lassen müssen... In diesem gilt für Urteile der Grundsatz der Zustellung der Urteile von Amts wegen. Wollte man ihn, gestützt auf § 699 ZPO., auf Vollstreckungsbefehle nicht zur Anwendung bringen, so wäre das nur dann gerechtfertigt, wenn man davon ausgeht, daß § 699 ZPO. als eine Sondervorschrift in die Best. des arbeitsgerichtlichen Verfahrens Aufnahme gefunden hätte. Für eine solche Annahme bietet sich indessen kein ausreichender Grund. Zunächst ist schon allgemein nicht ersichtlich, aus welchem Grunde der Vollstreckungsbefehl, der in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren genau die gleiche Bedeutung und das gleiche Wesen wie im ordentlichen Prozesse hat, in dem letzteren im Vergleiche zu den Urteilen anders beurteilt und behandelt werden sollte, als in jenem. Es ist aber auch weiter zu beachten, daß die Aufnahme des Mahnverfahrens in das Arbeitsgerichtsverfahren erster Instanz auf § 46 ArbGG. beruht, wonach die Vorschr. der ZPO. im Arbeitsgerichtsprozeß „entsprechend" Anwendung finden sollen. Wenn daher die ZPO. im gewöhnlichen Prozesse den Vollstreckungsbefehl in der Zustellung als Urteil behandelt wissen will, so verlangt eine „entsprechende" Anwendung, daß das gleiche auch im Arbeitsgerichtsprozeß geschieht. — Fehlte es sonach an der vorgeschriebenen Zustellung des Vollstreckungsbefehls, so war eine Vollstreckung aus ihm nicht zulässig.

(LG. Bielefeld, 2. ZK., Beschl. v. 17. Aug. 1935, 2 T 673/35.)

*

Frankfurt a. O.

47. §§ 845, 798 ZPO. Auf Grund eines Kostenfestsetzungsbeschlusses kann vor Ablauf der einwöchigen Schutzfrist des § 798 ZPO. eine Pfändungsankündigung gem. § 845 ZPO. bewirkt werden.

Nach § 798 ZPO. darf die Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluß, der nicht auf das Urteil gesetzt ist, nur beginnen, wenn der Schuldtitel mindestens eine Woche vorher zugestellt ist. § 798 ZPO. soll dazu dienen, um in solchen Fällen den Schuldner, der hier nicht wie bei Urteilen durch ein vorhergehendes längeres Verfahren über den zu vollstreckenden Betrag unterrichtet ist, vor rücksichtslosen Überraschungen zu schützen (vgl. Sydow-Busch, Anm. 1 zu § 798 ZPO.). Deshalb sind Zwangsvollstreckungshandlungen zur Beitreibung der festgesetzten Kosten erst nach Ablauf der einwöchigen Frist zulässig. Die Vorpfändung hat aber nur die Wirkung eines Arrestes zur Sicherung des Gläubigers. Hier besteht also das durch § 798 ZPO. berücksichtigte Rechtsschutzinteresse des Schuldners nicht. Die Vorpfändung bedarf ja auch nicht einmal der Zustellung, sondern nur des Vorliegens des Vollstreckungstitels. Nach alledem läßt es sich nicht rechtfertigen, wenn der Schuldner meint, der Kostenfestsetzungsbeschluß müsse entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 845 Abs. 1 Satz 2 ZPO. erst zugestellt und dann müsse noch die einwöchige Frist des § 798 ZPO. seit der nach § 845 ZPO. doch überhaupt nicht notwendigen Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses abgewartet werden, bevor die Pfändungsankündigung erfolgen könne.

(LG. Frankfurt a. O., Beschl. v. 13. Nov. 1935; 2 T 771/35.)

*

Dresden

48. § 901 ZPO. Auch der rechtskräftige Haftbefehl ist auf Bewilligung des Gläubigers durch das AG. aufzuheben. Die Aufhebung hat die Löschung zur Folge. Eine sofortige Beschwerde ist in solchem Falle, ebenso, falls Rechtskraft noch nicht vorliegt, als an das AG. gerichteter Aufhebungsantrag zu behandeln.†)

Die Frage, ob ein zulässig ergangener, rechtskräftiger oder noch nicht rechtskräftiger, Haftbefehl auf einfache Gläubigererklärung durch das AG. des Erlasses aufgehoben und gelöscht werden kann, wird vom BeschwG. aus folgenden Gründen bejaht.

Die Aufhebung des Haftbefehls führt zur Löschung seines Eintrages. Denn Voraussetzung der Eintragung ist das Vorhandensein des Haftbefehls. Fällt dieses weg, so fehlt es nunmehr an dem Umstande, der zum Eintrag führte. Deshalb ist dann auch dieser in Wegfall zu bringen. Andernfalls müßten besondere Bestimmungen erkennen lassen, daß der Gesetzgeber den Eintrag bestehen lassen will, auch wenn der Haftbefehl weggefallen ist; statt dessen beseitigt er nach fünf Jahren den Eintrag ohne Rücksicht auf das weitere Bestehen des Haftbefehls und paßt sich die Abhängigkeit des Eintrages vom Weiterbestande des Haftbefehls der Fassung des § 915 an: „gegen welche die Haft angeordnet ist", nicht: „angeordnet worden ist".

Daß es überhaupt für das AG. eine Möglichkeit gibt, den Haftbefehl, ohne Rücksicht auf Rechtskraft oder Nichtrechtskraft, aufzuheben, folgt schon aus § 776 ZPO.: Wenn beispielsweise ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil, dessen Vollstreckung zum Haftbefehl geführt hat, aufgehoben wird, kann, im einzelnen nach dieser Vorschrift, der Schuldner die Aufhebung des Haftbefehls als einer „Vollstreckungsmaßregel" erwirken. Denn der Haftbefehl ist nicht nur durch die zeitliche Unterscheidung des § 750 Abs. 1 ZPO. als ein Vorgang innerhalb der Zwangsvollstreckung gekennzeichnet, sondern setzt nach § 807 ZPO. tatsächlich eine, meistens zwischen denselben Parteien, bereits begonnene, zunächst erfolglose Vollstreckung fort und bereitet eine neue vor. Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht nur für Abwendung der Vollstreckung, sondern auch für die Aufhebung des Haftbefehls zu bejahen; denn gerade mit dieser verbinden sich berechtigte wirtschaftliche Belange des Gläubigers und des Schuldners, die zu einem Einvernehmen gelangt sind, das die Löschung des Eintrages erstrebt.

Wie andere Vollstreckungsmaßregeln, ist der Haftbefehl aber auch auf die einfache Gläubigererklärung hin aufzuheben. Eine Sachpfändung wird aufgehoben auf die entsprechende Erklärung des Gläubigers; über diese Selbstverständlichkeit verliert die ZPO. kein Wort. Bezüglich des Forderungspfandrechtes sieht § 843 ZPO. die Möglichkeit des Verzichtes des Gläubigers vor, die mit der Zustellung der Verzichtsleistungserklärung an dem Schuldner wirksam wird. Die

besondere Aufhebung ist dann zwar nicht notwendig, aber mit Baumbach, 1935, Anm. I zu § 843 ZPO., für zulässig zu halten. Von vornherein ist auf sie zuzukommen, wenn nicht gerade die Form des § 843 ZPO. gewählt würde, so, wenn der Gläubiger formlos die Antragsrücknahme mitteilt und der Schuldner deshalb die Aufhebung beantragt. Was aber für Pfändungen gilt, muß erst recht gelten für die nur vorbereitende Vollstreckungsmaßregel des Haftbefehls.

Diese Folgerungen gelten auch dann, wenn über die Frage der Wirksamkeit einer Pfändung oder eines Haftbefehls rechtskräftige Entscheidungen ergangen sind. Denn der Wegfall des Vollstreckungsantrages ist auf jeden Fall ein neuer Umstand, der den Vollstreckungsmaßregeln den Grund entzieht. Solche Rechtskraft ist dem gegenüber ebenso bedeutungslos wie gegenüber einem nach § 776 ZPO. gestellten Aufhebungsantrage.

Für diese Folgerung ist es unerheblich, daß es wegen Pfändungen in der Regel nicht zu einer Sachentscheidung und damit einem Rechtskraftvorgang kommen muß, während andererseits der Haftbefehl, der als Vollstreckungsmaßregel in der Form einer nach § 793 ZPO. anfechtbaren Entscheidung zutage tritt, seine Zustellung bzw. Vorlegung im Parteibetriebe vorausgesetzt, in Rechtskraft erwächst. Denn Vollstreckungsmaßregeln sind die Vorgänge in gleicher Weise; daß gegen die einen zunächst die Erinnerung nach § 766 ZPO. gegeben ist, gegen den Haftbefehl aber die sofortige Beschwerde, macht keinen Unterschied; denn, ebenso wie im Falle des § 776 ZPO. oder wie bei einer freiwilligen Pfandfreigabe, ist das an das Vollstreckungsorgan gerichtete Verlangen des Schuldners in Verbindung mit der Erklärung des Gläubigers weder eine Erinnerung nach § 766 ZPO. noch eine sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO., sondern schlechthin ein die Vollstreckung betreffender Antrag. Deshalb bildet auch § 577 Abs. 3 ZPO. kein Hindernis für die Aufhebung.

Unbefriedigend kann erscheinen, daß, je nach dem Entgegenkommen des Gläubigers, der Schuldner auf diesem Wege Erfolg und die Allgemeinheit die Möglichkeit der Unterrichtung aus dem Schuldnerverzeichnisse hat oder nicht hat. Das aber kann auf Grund des geltenden Rechtes nicht zu einer anderen Entschließung führen, weil dieses das ganze Offenbarungseidsverfahren, somit auch den der Öffentlichkeit dienenden Eintrag nicht etwa als zwangsmäßig von Amts wegen sich an eine erfolglose Pfändung anschließende Folge geordnet, sondern der Entschließung des Gläubigers ausgeantwortet hat; ist aber das ganze Verfahren in die Entschließung des Gläubigers gestellt, so muß dem zufälligen zeitlichen Umstande, daß der Gläubiger sein Entgegenkommen erst nach Erlaß eines Haftbefehles betätigt, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Dieser Aufbau des Verfahrens wird vom Gesetzgeber später einmal auf seinen Einklang mit den Grundsätzen des neuen Staates nachzuprüfen sein. Heute jedenfalls haben die noch bestehenden wirtschaftlichen Notverhältnisse die Staatsführung sogar zu einer Erleichterung der Offenbarungseidsvorschriften veranlaßt. Gewiß ist es unbefriedigend, daß auf der anderen Seite der Schuldner, der, vielleicht schuldlos, den Eid leisten mußte, im Verzeichnis bleibt. Aber nur deshalb dem anderen Schuldner auch die Hilfe abzusprechen, scheint nicht einmal ein Gebot der Billigkeit. Eher wären Schlußfolgerungen zugunsten des jetzt noch dem gegenüber benachteiligten anderen Schuldners zu erwägen.

Wird gegen einen noch nicht rechtskräftigen Haftbefehl sofortige Beschwerde mit der Begründung eingelegt, daß der Gläubiger mit der Aufhebung des Haftbefehls einverstanden sei, so ist in einer solchen Beschwerde regelmäßig der einfache Aufhebungsantrag zu erblicken. Es bedarf deshalb keiner Verlegung an das BeschwG. Gegenüber dem rechtskräftigen Haftbefehle ist schon aus der Sachlage nur an den Aufhebungsantrag zu denken.

Diese Rechtsprechung hat sich vielfach bewährt. Sie bringt dem sich ehrlich mühenden Schuldner doch noch die Möglichkeit der Löschung und dem einsichtigen Gläubiger die der ganzen oder teilweisen Befriedigung. Ohne diese Rechtsprechung würde mancher Schuldner, der gerade heute vielfach schuldlos und durch eine vorübergehende Häufung von Mißgeschick zu Fall gekommen ist, endgültig den Mut verlieren und der Gläubiger andererseits, der vielfach auch keinen Pfennig mehr entbehren kann, eine Forderung endgültig aufgeben.

(LG. Dresden, 18. ZivK., Beschl. v. 7. Okt. 1935, 18 T 1161/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Sie deckt sich grundsätzlich mit dem, was ich in der Anm. JW. 1935, 70 zu der gegenteiligen Entsch. des LG. Berlin ausgeführt habe. Wie dort bereits bemerkt, handelt es sich um zwei Fragen:

a) Ist der Haftbefehl ohne Rücksicht auf die dazwischen eingetretene formelle Rechtskraft aufzuheben, wenn der Antrag auf Abnahme des OffE. bzw. der Haftantrag zurückgenommen wird oder der Gläubiger auf die Rechte aus dem Haftbefehl verzichtet?

b) Ist — bejahendenfalls — die inzwischen geschehene Eintragung der Haftanordnung in dem Schuldnerverzeichnis zu löschen?

Zu a). Mit Recht weist das LG. Dresden auf die Parallele zur Sach- und Forderungspfändung hin. Ebenso wie der Gläubiger diese Verfahren seinerseits zur vorzeitigen Beendigung bringen kann, muß dies auch beim OffEVerf. möglich sein. Daß man nicht mit dem Gedanken operieren kann, das OffEVerf. sei bereits durch die Haftanordnung und deren Eintragung ins Schuldnerverzeichnis zum Abschluß gekommen, habe ich bereits a. a. O. dargelegt. Solange sich ein jederzeit vollziehbarer Haftbefehl in der Hand des Gläubigers befindet, ist die Zwangsvollstreckung ebensowenig beendet, wie wenn sich die Pfändstücke noch unter Siegel befinden. Der Schuldner hat erst dann seine Ruhe und Sicherheit wieder, wenn der Haftbefehl aufgehoben ist.

Eine Nebenfrage ergibt sich hier: Kann der Gläubiger bei Fortbestand seines OffEAntrags sein Rücknahmebegehren auf die Haftanordnung beschränken? M. E. nein! Unzulässigkeit oder Zulässigkeit eines derartigen beschränkten Rücknahmeantrags läßt sich allerdings aus dem Wortlaut des Gesetzes, das hierzu schweigt, nicht unmittelbar beweisen. Entscheidend scheint mir zu sein, daß irgendwelche schutzwürdigen Interessen, die dem Gläubiger Anlaß geben könnten, das Verfahren im ganzen weiterzuverfolgen, es aber gleichzeitig durch Beseitigung des Haftbefehls gewissermaßen in ein früheres Stadium zurückzuschieben, nicht erfindlich sind. Parallelen wären etwa der Antrag auf Aufhebung des Überweisungsbeschlusses unter Fortbestand des Pfändungsbeschlusses oder die Rücknahme des Terminsantrags unter Aufrechterhaltung des OffEBegehrens. Derartige Eigenwilligkeiten zuzulassen, d. h. dem Gläubiger zu erlauben, innerhalb eines Verfahrens bald einen Schritt vorwärts, bald rückwärts zu tun, schiene mir in der Tat ein Unding. Entweder will der Gläubiger das Verfahren weiterbetreiben oder von ihm Abstand nehmen — ein Mittelding gibt es nicht. Dabei wird man allerdings im Zweifel die Rücknahme des Haftbefehlsantrags oder den Verzicht auf die Rechte aus dem Haftbefehl als ein Abstandnehmen von dem ganzen OffEVerf., d. h. als eine Rücknahme des OffEAntrags selbst, auffassen müssen.

Zu b). Daß die Aufhebung des Haftbefehls die Löschung des Haftvermerks in dem Schuldnerverzeichnis nach sich ziehen muß, sollte eigentlich nicht mehr Gegenstand der Meinungsverschiedenheit sein. So wie die Regelung in der ZPO. getroffen ist, hat das Schuldnerverzeichnis unmittelbar den Zweck, die Namen derer bekanntzugeben, die den Schutz des § 903 genießen oder ihn sich mit Rücksicht auf die jederzeitige Verhaftungsgefahr ohne weiteres verschaffen können — insoweit sollen die Gläubiger vor überflüssigen OffEAnträgen gewarnt werden. Wenn § 915 von denjenigen Personen spricht, gegen die „die Haft angeordnet ist", so kann das — eben unter Berücksichtigung des Zweckes des Verzeichnisses — nur den Sinn haben: „diejenigen, gegen die ein Haftbefehl läuft", und nicht „diejenigen, gegen die ein Haftbefehl früher einmal erlassen worden ist." Auch das LG. Dresden weist mit Recht hierauf hin.

Das VollstrGer. braucht nur den Haftbefehl aufzuheben.

Ebensowenig wie nach Erlaß des Haftbefehls die Eintragung in die Schuldnerliste vom Richter — als prozessualer Akt — verfügt zu werden braucht, bedarf es einer besonderen richterlichen Löschungsanordnung. Die Führung des Schuldnerverzeichnisses ist eine dem zuständigen Beamten unmittelbar durch das Gesetz zugewiesene Aufgabe, ebenso wie seinerzeit vor der EntlVO. von 1915 die Führung des Urteilsverzeichnisses (§ 320 ZPO. a. F.). Bei der Eintragung steht nicht eine Vollstreckungsmaßnahme, sondern ein zwar gesetzlich vorgeschriebener, aber gleichwohl nur in das Gebiet der „Registratur", also der Justizverwaltung fallender Vorgang in Frage. Ergeben sich über Eintragung oder Löschung Zweifel, so liegt danach die Entsch. den Stellen der Justizverwaltung, nicht dem VollstrGer. und den prozessualen Beschwerdeinstanzen, ob.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

49. §§ 901, 903 ZPO. Auch der rechtskräftige Haftbefehl ist aufzuheben, wenn später in einem anderen Verfahren der Offenbarungseid geleistet ist. Anders, wenn nur die uneidliche Versicherung abgegeben ist. In einer unzulässigen Beschwerde gegen den Haftbefehl ist dann regelmäßig ein an das AG. gerichteter Aufhebungsantrag zu erblicken.†)

Nach Erlaß und Rechtskraft des Haftbefehls im vorliegenden Verfahren hat der Schuldner anderweit den Offenbarungseid geleistet. Alsdann hat der Gläubiger den Schuldner zur Erzwingung der Eidesleistung verhaften lassen. Dieser hat, unter Berufung auf die Eidesleistung, sofortige Beschwerde gegen den Haftbefehl eingelegt. Das AG. hat den Schuldner aus der Haft entlassen und die Akten dem BeschwG. vorgelegt.

Die sofortige Beschwerde ist wegen der Rechtskraft unzulässig.

Aber, richtig erfaßt, enthält das Verlangen des Schuldners einen Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls, über den das AG. zu entscheiden hat.

Der Zweck des Haftbefehls ist nach § 901 ZPO. die Erzwingung des Offenbarungseides. Wird dieser geleistet, so wirkt das für den Schuldner gem. § 903 ZPO. gegenüber jedermann. Diese beiden Vorschriften im Zusammenhange ergeben, daß in einem Falle wie dem vorliegenden der Haftbefehl, trotz Rechtskraft, keine Wirkungen mehr äußern kann.

Das Gesetz läßt sich nicht ausdrücklich darüber aus, wie der Schuldner diese Rechtslage zur Anerkennung zu bringen hat. Das BeschwG. nimmt folgendermaßen Stellung:

Die Bestimmungen des § 775 ZPO. enthalten Fälle, wo in Vollstreckungen, trotz Vorliegens der formellen Voraussetzungen, eingegriffen wird. Da es sich um eine endgültige und als solche feststehende Unzulässigkeit weiterer Vollstreckungswirkung handelt, ist nicht auf § 775 Ziff. 2, 4 oder 5 ZPO., sondern auf § 775 Ziff. 1 ZPO. zurückzugreifen; diese Bestimmung zeigt im Tatbestande genügend dem vorliegenden Sachverhalt entsprechende Bestandteile, um ihren Rechtsgedanken zu verwerten. Nach der ergänzenden Vorschrift des § 776 ZPO. ist durch das AG. die Aufhebung der „Vollstreckungsmaßregel" vorzunehmen.

Nur diese Rechtsprechung befriedigt. Es würde eine mangelhafte Lösung der Lage und eine Gefährdung des Schuldners bedeuten, wenn der Haftbefehl, der keinerlei Wirkungen mehr äußern darf, nicht völlig beseitigt würde.

Die Aufhebung hat allerdings die Löschung zur Folge. Aber dafür steht die Eidesleistung im Schuldnerverzeichnis.

Wenn der Schuldner nicht den Eid geleistet, sondern statt dessen die formlose Versicherung abgegeben hat, so ist für diese Rechtsprechung kein Raum, da weiterhin die Verpflichtung zur Eidesleistung in dem Verfahren besteht, in dem es zum Haftbefehle gekommen ist (vgl. die Entsch. des BeschwG.: JW. 1934, 117[3]).

Ist der Gläubiger mit der Aufhebung des Haftbefehls nicht einverstanden, bspw. deshalb, weil die erfolgte Eidesleistung infolge formeller Mängel rechtlich unwirksam sei, so hat er zunächst nach § 766 ZPO. die Erinnerung gegen die vom AG. ausgesprochene Aufhebung, nicht von vornherein die sofortige Beschwerde; denn die Aufhebung verlangt, anders als der Erlaß, kein vorheriges Gehör des Gegners. Der Schuldner hat gegen die Ablehnung der Aufhebung ein sofortiges Beschwerderecht nach § 793 ZPO.

Unbenommen bleibt dem Gläubiger, ein neues Offenbarungseidsverfahren anzustrengen mit der glaubhaft zu machenden Behauptung, der Schuldner habe neues Vermögen erworben (§ 903 ZPO.).

Das AG. wird nunmehr über den Aufhebungsantrag zu entscheiden, dabei im besonderen zu prüfen haben, ob die erfolgte Eidesleistung keine Mängel aufweist, die sie unwirksam macht.

(LG. Dresden, 18. ZivK., Beschl. v. 24. Okt. 1935, 18 T 1250/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen.

In Frage steht, ob, wenn durch Vollstreckung eines rechtskräftigen Haftbefehls der OffEid erzwungen werden soll, der Schuldner die Verhaftung bzw. die Eidesleistung durch Berufung auf einen in der Zwischenzeit in einem anderen Verfahren geleisteten OffEid abwenden kann, und bejahendenfalls, wie dieser Einwand geltend zu machen ist.

1. Daß die erste Frage — jedenfalls vom Standpunkte der allgemein vorherrschenden Ansicht, die in der Eidesleistung nach § 903 ZPO. ein von Amts wegen zu beachtendes Hindernis einer erneuten Eidesleistung sieht — zu bejahen ist, scheint mir unbedenklich. Daß der § 903 nur Eidesleistungen im Auge hätte, die vor der Rechtskraft des Widerspruchsbeschlusses oder der Haftanordnung lägen, ließe sich weder aus dem Wortlaut entnehmen noch mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die doppelte Eidesleistungen grundsätzlich vermeiden will, in Einklang bringen. Auch vom Standpunkte des Gläubigers wird gegen die hier vertretene Ansicht kaum etwas einzuwenden sein: wenn der Gläubiger einen Haftbefehl erwirkt, ihn dann aber geraume Zeit nicht vollstreckt, so kann er sich nicht dadurch beeinträchtigt fühlen, daß der Schuldner inzwischen einem anderen Gläubiger gegenüber der Verpflichtung zur Eidesleistung anstandslos nachgekommen ist und ihm dadurch vielleicht die Möglichkeit, Fragen zu stellen und bestimmte Aufklärungen zu verlangen, verlorengegangen ist. Und ob der Schuldner auf Grund dieser oder jener Eidesleistung in das Schuldnerverzeichnis kommt, ist im Ergebnis gleich und beschwert den Gläubiger nicht.

Dies kann aber nur für die Eidesleistung gelten. Es leuchtet ohne weiteres ein und ist schon wiederholt in veröffentl. Entsch. ausgesprochen, daß, wenn der Schuldner einem Gläubiger gegenüber die Möglichkeit der eidesabwendenden Versicherung nach § 19 d ZwVollstrVO. eingebüßt hat, er der späteren Durchsetzung des Eidesbegehrens nicht eine inzwischen einem anderen Gläubiger abgegebene Versicherung als eidesabwendend entgegensetzen kann.

2. Auch in der prozessualen Behandlung des Falles ist dem LG. Dresden im Ergebnis beizutreten. Allerdings ist wohl die Heranziehung des § 775 Nr. 1 ZPO. etwas schief, denn dort ist nur von der Vorlegung einer aufhebenden Entsch. die Rede, während hier eben der Erlaß einer solchen in Frage steht. Wenn infolge eines nachträglichen Ereignisses — d. h. eines solchen, dessen Berücksichtigung, wie hier, durch die Entsch. nicht abgeschnitten ist — eine Anordnung unzutreffend wird, so ist sie eben aufzuheben, und zwar in dem Verfahren, in dem die Entsch. seinerzeit erlassen war, ohne Rücksicht auf einen dazwischen liegenden Rechtsmittelzug und die inzwischen eingetretene formelle Rechtskraft. Daß es möglich sein muß, einen Haftbefehl, dessen Zweck, die Erzwingung der Eidesleistung, fortgefallen ist, durch einfache Aufhebung aus der Welt zu schaffen, ist eigentlich etwas so Selbstverständliches, daß man es kaum noch mit Analogien zu belegen brauchte. Wenn aber — dann wäre nicht § 775, sondern § 767, heranzuziehen. Wenn nach § 767 trotz Rechtsmittel und Rechtskraft

neue Einwendungen vor dem Gericht erster Instanz in einem dem alten Verfahren parallelen neuen Verfahren geltend gemacht werden können, so muß das gleiche erst recht bei anderen Verfahren gelten, die nicht mit einem Urteil abschließen. Im Ergebnis ist es demnach durchaus zutreffend, daß der Schuldner, gegen den ein Haftbefehl zur Vollstreckung gebracht wird, den Einwand des inzwischen anderweit geleisteten OffEides beim VollstrGer. vorbringen und dieses daraufhin seinen Haftbefehl aufheben muß.

Daß, wenn für eine Beschwerde gegen den Haftbefehl von dem zutreffenden Standpunkt des LG. kein Raum ist, die Beschwerde als Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls angesehen werden muß, ist selbstverständlich.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

*

50. § 901 ZPO. Ist ein ersichtlich unvollständiges Vermögensverzeichnis beschworen, so ist für eine Ergänzung kein Raum, es bedarf vielmehr einer neuen Eidesleistung.†)

Im hiesigen Amtsgerichtsverfahren 20 SR 215/33 hat der BeschwF. das Vermögensverzeichnis mit dem Offenbarungseide bekräftigt. Dabei hat er zu der Frage „Wer schuldet Ihnen etwas?" mit „entfällt" geantwortet. Auf eine Anzahl anderer Fragen nach Vermögen hat er anschließend sich mit „nein" erklärt. Ferner hat er einen Umsatz von monatlich 1500 *RM* angegeben. Hätte er die Frage nach seinen Außenständen mit einem „nein" beantwortet, so würde die Behauptung der Unrichtigkeit dieser Angaben zu Bedenken wegen der formellen Gültigkeit der Offenbarungseidsleistung nicht führen, sondern wäre praktisch an die Einleitung eines Strafverfahrens zu denken. Im vorliegenden Falle ist jedoch die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, der BeschwF. habe ausdrücken wollen, durch den Hinweis auf den Umsatz von monatlich 1500 *RM* entfalle die Frage nach seinen Außenständen. Es ist infolgedessen nicht festzustellen, daß der Offenbarungseid formell wirksam geleistet ist. Dieses Ergebnis wird sogar durch das neuere Vorbringen des BeschwF. unterstrichen; denn, obwohl er sein Geschäft als Kassageschäft bezeichnet, kann er doch nicht in Abrede stellen, daß Außenstände, wenn auch selten, in Frage kommen.

Eine so mangelhafte Leistung des Offenbarungseides bietet nicht Anlaß für eine Ergänzung, sondern rechtlich ist der Offenbarungseid noch nicht geleistet, und es ist nunmehr die Eidesleistung erst vorzunehmen. Es ist weder dabei eine Bezugnahme auf den früher geleisteten Eid möglich, wie das im § 398 ZPO. für den Zeugen vorgesehen ist, noch eine gegenständlich beschränkte Eidesleistung unter entsprechender Änderung der Eidesnorm; die Unmöglichkeit einer solchen Änderung zeigt die Gegenüberstellung von §§ 807, 883 ZPO. Infolgedessen wird im Zeitpunkt der erneuten Eidesleistung der BeschwF. sein Vermögen gemäß dem alsdann gegebenen Stande klarzulegen haben.

(LG. Dresden, 18. ZivK., Beschl. v. 1. Nov. 1935, 18 T 1242/35.)

Anmerkung: Der in der Entsch. aufgestellte Satz trifft für den konkreten Fall offenbar das Richtige, sollte aber nicht verallgemeinert werden. Daß der Gläubiger, wenn sich das Vermögensverzeichnis als unvollständig oder ungenau erweist, die Anberaumung eines neuen Termins zwecks Ergänzung des Verzeichnisses und erforderlichenfalles zwecks erneuter Beeidigung verlangen und der Schuldner sich demgegenüber nicht auf § 903 ZPO. berufen kann, ist allgemein herrschende Ansicht. Wie diese Nachbesserung im einzelnen auszusehen hat, wird wesentlich von der Mangelhaftigkeit der bisherigen Vermögensangaben abhängen. Wenn der Schuldner wichtige Fragen so unklar und ausweichend beantwortet hat wie im vorliegenden Falle, ist es sicher das praktisch Gegebene, eine vollständig neue Vermögensaufstellung zu erfordern, und zwar zweckmäßig abgestellt auf den Zeitpunkt des neuen Verzeichnisses. Anders — um einen extremen Fall zu nennen —, wenn es sich z. B. lediglich um die genaue Anschrift eines in dem Vermögensverzeichnis aufgeführten Drittschuldners handelt. Der Vergleich dieser beiden Fälle zeigt, daß man nicht alle Fälle gleich behandeln kann; und das Gesetz, das die Nachbesserung überhaupt nicht erwähnt, verlangt weder das eine, noch verbietet das andere. Wesentlich ist nur — besonders mit Rücksicht auf die strafrechtliche Seite des Offenbarungseides —, daß Klarheit darüber herrscht, ob die ergänzenden Angaben nur zu einzelnen Punkten oder zum Verzeichnis im ganzen verlangt werden, und ob die neuen Angaben auf den alten oder den neuen Zeitpunkt abgestellt sein sollen. Es ist Sache des Gerichts, hinsichtlich beider Punkte unbedingt für Klarheit zu sorgen.

Im übrigen hebt die Entsch. mit Recht hervor, daß, wenn die ergänzenden Angaben unter Eid gestellt werden sollen, eine nochmalige Beeidigung geboten ist. Der Offenbarungseidsrichter sollte es keinesfalls darauf ankommen lassen, ob das Strafgericht in einem etwaigen späteren Meineidsverfahren die im Gesetz hier nicht ausdrücklich vorgesehene Versicherung unter Berufung auf den früher geleisteten Eid für ausreichend hält.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Landgerichte: Strafsachen

Berlin

51. §§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 1 DevVO. v. 23. Mai 1932 (§§ 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 DevG. v. 4. Febr. 1935).

1. Eine Verfügung über eine zugunsten eines Ausländers durch die Veräußerung von Wertpapieren entstandene Forderung liegt nicht vor, wenn ein Inländer die einem Ausländer gehörenden Wertpapiere im eigenen Namen veräußert, den Erlös in Empfang nimmt und für sich verbraucht. Über das Verhalten der Instanzgerichte gegenüber der Rechtsprechung des RG.

2. Das Verbot der Einlösung von Zinsscheinen und Gewinnanteilscheinen zugunsten eines Ausländers richtet sich nicht gegen den Einreicher, sondern gegen den Zinsschuldner oder die von ihm betraute Einlösungsstelle.†)

1. Durch Urteil des SchöffG. ist der Angekl. wegen vorsätzlichen Devisenvergehens in vier Fällen verurteilt worden. Der Angekl. hat dieses Urteil rechtzeitig mit der Berufung angefochten. Die erneute Hauptverhandlung hat den gleichen Sachverhalt ergeben, den das SchöffG. seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat. Zum Fall I ist demnach wiederum nur festzustellen, daß der Angekl. die einem Ausländer gehörigen Wertpapiere im eigenen Namen veräußert und den Wert dafür in Empfang genommen hat. Zu Unrecht wendet das SchöffG. auf diesen Tatbestand die Vorschrift des § 18 Abs. 1 DevVO. an. Die StrK. folgt insoweit der vom SchöffG. bekämpften Auffassung des RG. Danach bedeuten die Worte „zugunsten eines Ausländers" im § 18 Abs. 1 DevVO. nicht die wirtschaftliche Empfangsberechtigung des Ausländers, sondern die Gläubigerstellung nach bürgerlichem Recht. Dieser Auffassung, die der 1. StrSen. des RG. in dem Urt. v. 17. April 1934 (RGSt. 68, 136 = JW. 1934, 1786) äußerst eingehend begründet hat, hat sich auch der 3. StrSen. des RG. im Urt. v. 11. Okt. 1934 (JW. 1934, 3129) angeschlossen. Die gegen diese Rspr. vom SchöffG. geltend gemachten Bedenken sind sehr beachtenswert, greifen jedoch für die Zeit der Tat nicht durch. Die wirtschaftlichen Erwägungen des SchöffG. sind von den berufenen Stellen ursprünglich für nicht so schwerwiegend angesehen worden. Dies zeigt der im Urt. des RG. v. 17. April 1934 erörterte Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 17. Mai 1933, der allerdings keine authentische Interpretation des Gesetzes darstellt, aber die Auffassung der für die geordnete Durchführung der Devisenbewirtschaftung maßgebenden Stelle zeigt. Daß der Gesetzgeber auch die vom SchöffG. erörterten Gefahren der bisherigen gesetzlichen Regelung er-

kannt hat, zeigt die neue gesetzliche Regelung der 10. DurchfVO. zur DevVO., durch die auch der stille Stellvertreter eines Ausländers beim Wertpapierverkauf dem Genehmigungszwang unterworfen worden ist.

Der rechtlichen Beurteilung des SchöffG. steht auch entgegen, daß das RG. als höchstes deutsches Gericht den vom SchöffG. festgestellten Sachverhalt für straffrei hält. Das RG. hat die Aufgabe, eine einheitliche Rspr. und damit eine Rechtssicherheit zu garantieren. Wenn nun das RG. in neuester Zeit wohlbegründete Rechtsgrundsätze in strittigen Fragen aufstellt, kann es nicht die Aufgabe der Instanzgerichte sein, diese Auffassungen in entgegengesetzten Entsch. zu bekämpfen. Dies gilt für die StrK. um so mehr, als nach Erlaß des angefochtenen Urteils auch noch ein anderer Senat des RG. der Auffassung des 1. Senats beigetreten ist.

Aber auch die Hilfserwägung des SchöffG., daß zum mindesten in dem Verbrauch des Erlöses der Wertpapiere durch den Angekl. eine genehmigungspflichtige Verfügung über die aus dem Verkauf der Wertpapiere zugunsten eines Ausländers entstandene Forderung zu sehen sei, scheitert schon daran, daß die Forderung aus dem Verkauf der Wertpapiere nicht zugunsten eines Ausländers entstanden ist. Die Forderung des Ausländers richtet sich auf Lieferung von Wertpapieren. Diese Forderung ist durch die Veräußerung in keiner Weise verändert worden, wenn es sich um eine Gattungsschuld handelte. Richtet sich dagegen die Forderung des Ausländers auf die Lieferung einer bestimmten Stückzahl von Wertpapieren, so hat sich der Anspruch des Ausländers nach den zutreffenden Ausführungen des SchöffG. gemäß § 816 Abs. 1 BGB. in eine Forderung auf Herausgabe des Erlöses verändert. In dem Verbrauch des Erlöses liegt aber keine Verfügung über die Forderung des Ausländers auf Herausgabe. In dem Fall I mußte daher das angefochtene Urteil aufgehoben und der Angekl. freigesprochen werden.

2. Im Falle II kann eine Bestrafung des Angekl. aus Rechtsgründen nicht erfolgen. Entgegen der Auffassung des SchöffG. besteht nur für die Einlösungsstelle ein Genehmigungszwang, dagegen nicht für die Einziehung der Dividendenscheine seitens des Einreichers (vgl. Hartenstein, Devisennotrecht, Anm. 6 zu § 19 Abs. 2 DevG.). Als Täter eines Vergehens nach § 15 Abs. 2 DevVO. kann der Angekl. somit gar nicht in Frage kommen. Denkbar wäre nur eine Anstiftung der Einlösungsstelle zur Einlösung ohne Genehmigung, die aber aus subjektiven Gründen entfällt.

(LG. Berlin, 4. StrK., Urt. v. 15. Okt. 1935, (504) 1 SSM 320/34.)

Anmerkung: Das RG. hat in den von der StrK. zitierten Entsch. eingehend dargelegt, daß, wenn ein mittelbarer Stellvertreter eines Ausländers dessen Wertpapiere veräußert, die i. S. des § 18 Abs. 1 DevVO. (§ 20 Abs. 1 DevG.) entstehende Forderung der Anspruch ist, den der ausländische Auftraggeber gegen seinen inländischen Beauftragten aus dem Auftragsverhältnis auf Herausgabe des Erlöses erwirbt. Eine genehmigungsbedürftige Verfügung über diese Forderung liegt erst dann vor, wenn der Beauftragte den Erlös an den Ausländer aushändigt oder auf seine Weisung hin sonstwie verwendet. Dieser Rspr., die auch vom Schrifttum (vgl. Hartenstein, Devisennotrecht, Bem. 4 zu § 20 DevG.; Flad: JW. 1934, 1786 und meine Ausführungen bei Pfundtner-Neubert III d 4, Anm. 2 zu § 20 DevG.; a. M. Seeliger: JW. 1934, 3096) gebilligt worden ist, hat das SchöffG. entgegengehalten, daß nach den bei der Auslegung der Devisenvorschriften in erster Linie zu beachtenden wirtschaftlichen Gesichtspunkten unter der zugunsten eines Ausländers entstandenen Forderung bereits der Anspruch der Mittelsperson gegen den Erwerber der Papiere zu verstehen sei, weil der Anspruch auf den Kaufpreis nur formell dem Beauftragten, rein wirtschaftlich gesehen bereits dem auftraggebenden Ausländer zustehe. Auch dann, wenn ein mittelbarer Stellvertreter die Wertpapierveräußerung vornimmt, sei das Kaufgeschäft im wirtschaftlichen Ergebnis unmittelbar zwischen dem Ausländer und dem Erwerber abgeschlossen, weil Verkäufer nicht der nur formell als Mittelsperson eingeschaltete Inländer, sondern der materiell und wirtschaftlich von vornherein allein berechtigte ausländische Eigentümer der Wertpapiere sei. § 18 Abs. 1 DevVO. wolle bereits die Abwicklung der zu dem Käufer entstehenden Kaufbeziehungen erfassen, so daß bereits die Aushändigung des Kaufpreises der Devisensperre unterliege. Auf diese Ausführungen des SchöffG. braucht jedoch nicht eingegangen zu werden und es kann zu ihrer Widerlegung auf die Entsch. des RG. und das bereits angeführte Schrifttum verwiesen werden; denn der von dem SchöffG. befürchteten Verschiebung der Erlöse aus der Veräußerung von Wertpapieren durch Mittelspersonen ist der Reichswirtschaftsminister durch § 10 der 10. DurchfVO. zur DevVO. v. 22. Dez. 1934 (jetzt § 25 Abs. 1 DevG.) inzwischen dadurch wirksam begegnet, daß bereits die Wertpapierveräußerung durch einen Inländer für Rechnung eines Ausländers unter Genehmigungszwang gestellt worden ist.

Besondere Beachtung verdienen jedoch die Ausführungen der StrK. über die den Instanzgerichten gegenüber der Rspr. des RG. auferlegten Schranken; der Auffassung der StrK., daß die Bekämpfung der von dem RG. in wiederholter Rspr. mit ausführlicher Begründung aufgestellten Rechtsgrundsätze nicht Aufgabe der Instanzgerichte ist, kann man unbedenklich insoweit folgen, als sie das schwierige Gebiet des Devisenrechts betrifft. Eine uneinheitliche Auslegung der Devisenvorschriften erscheint schon mit Rücksicht auf diejenigen Wirtschaftskreise, die sich um die Einhaltung der vielfachen devisenrechtlichen Verbote und Beschränkungen bemühen, nicht tragbar. Würde man beispielsweise der Ansicht des SchöffG. folgen, so würden Banken beim Ankauf von Wertpapieren stets gegen die Aushändigung des Erlöses Bedenken tragen müssen, auch wenn sie nach eingehender Prüfung die Überzeugung erlangt haben, daß die Wertpapiere im Eigentum eines Inländers stehen; stellt sich nämlich heraus, daß der Veräußerer Mittelsperson eines Ausländers war, so würde die Aushändigung des Erlöses gegen ein devisenrechtliches Verbot verstoßen und deshalb im Hinblick auf § 39 DevG. nichtig sein. Insofern behält also die bisherige Rspr. weiterhin Bedeutung; in derartigen Fällen verstößt die Bank nicht gegen § 20 Abs. 1 DevG., sondern es wird nur durch die Mittelsperson § 25 Abs. 1 DevG. verletzt.

GerAss. Turowski, Berlin.

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

✕**52.** §§ 403, 396, 112 RAbgO. Eine wahlweise Feststellung, daß der Täter sich entweder der Steuerhinterziehung oder der Steuerhehlerei schuldig gemacht hat, ist dann zulässig, wenn der ermittelte Tatbestand ergibt, daß der Täter entweder an dem begangenen Schmuggel selbst unmittelbar beteiligt gewesen ist, oder unter Kenntnis des Schmuggels die geschmuggelte Ware seines Vorteils wegen an sich gebracht hat. †)

Die Anfechtungsentsch. ist in der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts ohne Rechtsirrtum. Sie konnte im Wege der wahldeutigen Feststellung zu der Überzeugung gelangen, daß der BeschwF. entweder als Täter oder als Teilnehmer an dem begangenen Schmuggel beteiligt gewesen ist und sich der Steuerhinterziehung nach § 396 RAbgO. schuldig gemacht hat, oder daß er den geschmuggelten Tabak seines persönlichen Vorteils wegen an sich gebracht und sich dadurch der Steuerhehlerei nach § 403 RAbgO. schuldig gemacht hat.

Das RG. hat in seiner früheren Rspr. in Strafsachen

eine wahlweise Feststellung zunächst nur dann für zulässig erachtet, wenn es sich um verschiedene Ausführungsarten eines und desselben Verbrechens oder Vergehens handelte, die keinen verschiedenen Tatbestand ergaben und vom Gesetz als gleichartig angesehen werden. Dementsprechend hat es z. B. bei der Hehlerei die wahlweise Feststellung, daß ein Verheimlichen oder Ansichbringen vorliege, für genügend erachtet. Dagegen hat es eine wahlweise Feststellung da für unzulässig gehalten, wo verschiedene Tatbestände in Frage kommen, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dergestalt voneinander abweichen, daß der eine den anderen ausschließt und zugleich rechtlich abweichend von ihm zu beurteilen ist. Es hat z. B. eine wahlweise Feststellung in dem Sinn, daß jemand entweder den Tatbestand des Diebstahls oder der Hehlerei verwirklicht hat, in seiner früheren Rspr. abgelehnt, weil beide Tatbestände sich ausschlössen (RGSt. 53, 231; 56, 61). Erst in seiner neuesten Rspr. ist das RG. von der Beschränkung wahlweiser Feststellungen auf Fälle, wo es sich lediglich um verschiedene Ausführungsarten derselben strafbaren Handlung handelt, abgegangen. In der Entsch. RGSt. 68, 257 haben die VerStrSen. die ihnen vorgelegte Frage, ob innerhalb der Grenzen, die sich für die Umgestaltung der Strafklage aus § 264 StPO. ergeben, eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Feststellungen unbeschränkt zulässig sei, grundsätzlich noch verneint, dagegen die Verurteilung in einem Falle für zulässig erachtet, wo das Gericht auf Grund des festgestellten Sachverhalts zu der Überzeugung gelangt ist, daß der Angekl. eine fremde bewegliche Sache entweder einem anderen in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen oder seines Vorteils wegen an sich gebracht hat, obwohl er wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, daß sie mittels eines Diebstahls erlangt war. Das Gesetz zur Änderung des StGB. v. 28. Juni 1935 (RGBl. I, 839) ist weitergegangen. Es hat die wahlweise Feststellung in allen Fällen für zulässig erklärt, wo feststeht, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist (Art. 2 § 2b, siehe auch Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG. v. 28. Juni 1935 [RGBl. I, 844], Art. 1 Ziff. 2, § 267b StPO.). Diese Gesetze, welche erst am 1. Sept. 1935 in Kraft getreten sind, bringen die neuere Denkweise seit dem Umbruch i. J. 1933 zum Ausdruck. Es steht nichts im Weg, diese Grundsätze bereits auf Tatbestände anzuwenden, die vor dem Inkrafttreten dieser Gesetze liegen. Sie sind vor allem auch auf das Steuerverfahren sinngemäß zu übertragen, wenn der Steueranspruch sich auf strafbare Handlungen stützt. Nach § 112 RAbgO. sind die Steuerhinterziehung und die Steuerhehlerei nebeneinander als Steuerhaftungsgründe aufgeführt. Man würde es heute nicht verstehen, wenn in einem Fall, wie dem vorliegenden, die Haftung des BeschwF. entfallen würde, weil sich nicht feststellen läßt, ob er an dem genannten Schmuggel selbst unmittelbar in irgendeiner Weise beteiligt gewesen ist oder nachher als Hehler den geschmuggelten Tabak an sich gebracht hat, obwohl feststeht, daß eine dieser beiden Möglichkeiten vorliegt (siehe auch § 1 StAnpG. v. 16. Okt. 1934).

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 23. Okt. 1935, IV A 144/35 S.)
<= RFH. 38, 281.>

Anmerkung: 1. Der RFH. hat mit Steuerstrafverfahren nichts zu tun. Beschwerden gegen Strafbescheide des LFinA. sind ausgeschlossen (vgl. Megow, Das Steuerstrafverfahren, Beilage zu Heft 1 JW. 1936 C II Ziff. 10—12). Dennoch hat der RFH. auch steuerstrafrechtliche Fragen zu prüfen, wenn z. B. ein Steuerhaftungsverfahren auf Grund des § 112 RAbgO. im Rechtsbeschwerdeverfahren bis an den RFH. gelangt.

§ 112 RAbgO. lautet: „Wer eine Steuerhinterziehung oder eine Steuerhehlerei begeht, haftet, auch wenn er nicht Steuerschuldner ist, für den Betrag, in dessen Höhe Steuereinnahmen verkürzt oder Steuervergünstigungen zu Unrecht gewährt oder belassen werden."

Allerdings ist § 112 RAbgO. bei bloßem Versuch der Steuerhinterziehung nicht anwendbar (RFH. 31, 68).

Der Grund der Bestimmung liegt in einer Übertragung von Gesichtspunkten des bürgerlichen Rechts, wonach derjenige, der eine unerlaubte Handlung begeht, schadensersatzpflichtig ist (RAbgO. in Handbuch des Steuerrechts, Boethke-Arlt, Anm. 1 zu § 112 RAbgO.).

2. Die Entsch. der Frage, ob eine Steuerhinterziehung oder eine Steuergefährdung i. S. des § 112 RAbgO. vorliegt, gehört zur alleinigen Zuständigkeit der Steuerveranlagungsbehörden und Steuergerichte. Ihre Bindung an Entsch. der Gerichte ist nicht erfolgt. Die Bestimmung des § 468 RAbgO. bindet umgekehrt die Strafgerichte an bestimmte Entsch. in Steuerverfahren (vgl. Megow a. a. O. D II 9).

3. Für Verfahren aus § 112 RAbgO. sind lediglich die Bestimmungen des Steuerfestsetzungsverfahrens der RAbgO. maßgebend (§§ 160 ff. RAbgO.). Nicht anwendbar sind die Bestimmungen der StPO., die gemäß § 420 Abs. 1 StPO. nur für das Steuerstrafverfahren entsprechend heranzuziehen sind (vgl. Megow a. a. O. B).

4. Daher ist der RFH. auch in der verfahrensrechtlichen Frage der wahlweisen Feststellung nicht durch die Bestimmungen der StPO. gebunden. Das gesamte Steuerrecht, also auch das Steuerverfahrensrecht sowie das Steuerstrafrecht, steht unter der Hauptregel des § 1 StAnpG.

Demgemäß sind Steuergesetze nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen.

Dieser Paragraph ist am 17. Okt. 1934 in Kraft getreten und gilt für alle Steuergesetze, auch soweit sie vor dem 17. Okt. 1934 erlassen worden sind. Bis dahin gilt § 9 RAbgO. a. F., der ebenfalls die Berücksichtigung von Zweck, wirtschaftlicher Bedeutung und der Entwicklung der Verhältnisse forderte.

Da der Zweck des § 112 RAbgO. darin liegt, denjenigen, der eine unerlaubte Handlung begeht, schadensersatzpflichtig zu machen, mußte auch im vorl. Falle die Steuerhaftung bejaht werden. Für die Entsch. der steuerrechtlichen Haftung ist lediglich ausschlaggebend, ob eine Steuerhinterziehung oder eine Steuerhehlerei vorliegt. Da die Rechtsfolgen in beiden Fällen die gleichen sind, kann eine wahlweise Feststellung keinerlei Bedenken unterliegen. Es ist daher für die Steuerhaftung gleichgültig, ob der Täter sich z. B. einer Tabaksteuerhinterziehung oder einer Tabaksteuerhehlerei schuldig gemacht hat.

5. Der RFH. ist zu dem gleichen Ergebnis gekommen, indem er glaubte, die allgemeinen Grundsätze des Steuerstrafverfahrens sinngemäß auf das Verfahren aus § 112 RAbgO. übertragen zu können.

Diese Übertragung war, wie Ziff. 4 dieser Besprechung zeigt, nicht erforderlich. Dennoch aber werden an die Feststellung des Vorliegens einer Steuerhinterziehung oder Steuerhehlerei in einem Steuerhaftungsverfahren erhöhte Ansprüche zu stellen sein. Es entspricht einem allgemeinen Grundsatze des Rechts, daß auch bei bloßen Zwischenfeststellungen des Vorliegens unerlaubter Handlungen erhöhte Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden. Darum ist es interessant, daß auch der RFH. die sinngemäße Übertragung von Grundsätzen des allgemeinen Verfahrensrechts ins Auge gefaßt hat. So ist in Steuerhaftungsverfahren allgemein anzuerkennen, daß der Vorsatz, der ja sowohl bei der Steuerhinterziehung als auch bei der Steuerhehlerei gegeben sein muß, ebenso vorsichtig nachzuprüfen ist, wie es im Steuerstrafverfahren zu geschehen hätte. Dieser Beweisführungsgrundsatz kann wiederum seine Stütze in § 1 StAnpG. finden, da ja die wirtschaftliche Bedeutung des § 112 RAbgO. in der Schuldfeststellung liegt.

6. Trotz der so festzustellenden Parallelen zwischen einem Steuerstrafverfahren und einem Steuerhaftungsverfahren sind der Annäherung beider Verfahren natürliche Grenzen durch die verschiedene Zweckbestimmung beider Rechtsvorgänge gesetzt. Es kann die Frage, inwieweit weitere Grundsätze des Strafverfahrensrechts in das Steuerhaftungsverfahren zu

übertragen sind, erst allmählich durch die Praxis beantwortet werden. Es ist erfreulich, daß der RFH. durch die Entsch. v. 23. Okt. 1935 den Anstoß zur Beachtung solcher Fragen gegeben hat.

7. Auch die Stellungnahme des RFH. dahingehend, daß Grundsätze, die der neueren Denkweise seit dem Umbruch im Jahre 1933 entsprechen und die erst einen späteren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben, auch für weiter zurückliegende Tatbestände zu berücksichtigen sind, ist zutreffend. Das RG. hat vor kurzem eine ähnliche Stellung eingenommen.

Würde man eine andere Auffassung vertreten, so käme man zu dem merkwürdigen und unmöglichen Ergebnis, daß man die vor dem 30. Jan. 1933 entstandenen Tatbestände noch nach der damals geltenden Rechtsanschauung beurteilen müßte. Es müßten dann also die Gerichte des nationalsozialistischen Staates ein Recht anwenden, das dieser bis aufs äußerste bekämpft hat.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

×**53.** §§ 37 Abs. 1 Ziff. 1, 41 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. 1925; §§ 20 Abs. 1 Ziff. 1, 22 Ziff. 3 EinkStG. 1934. Ein sog. Förderzins aus der Hingabe eines nicht zurückzuzahlenden Kapitals zur Erdölgewinnung ist je nach der anzunehmenden Dauer des Ausbeutezuflusses entweder nach den Vorschriften über das Einkommen aus Kapitalertrag oder nach den Bestimmungen über die sonstigen Leistungsgewinne zu behandeln. †)

Streitig ist, ob der BeschwF. einen Betrag von 5240 *RM*, der ihm i. J. 1931 zugeflossen ist, überhaupt zu versteuern hat, und wenn ja, ob er berechtigt ist, davon verschiedene Beträge als Werbungskosten in Abzug zu bringen.

Das Recht des BeschwF. auf den Bezug dieses Betrages gründet sich auf eine Anzahl von Verträgen, deren erster aus dem Jahre 1913 stammt. Durch diesen Vertrag hat der Eigentümer einer Anzahl Parzellen einem Kaufmann S. das Recht eingeräumt, auf diesen Parzellen nach Erdöl zu bohren. Der Kaufmann S. übertrug durch Vertrag vom Sept. 1918 sein Bohrrecht auf einen RA. C. Als Entgelt erhielt S. außer einer Barzahlung 100 Anteile einer noch zu gründenden Bohrgesellschaft und außerdem das Recht auf 2 *RM* für je 100 Kilogramm gewonnenes Rohöl bis zur völligen Erschöpfung der Felder. In weiteren drei Verträgen vom Mai 1924, Juni 1924 und Juni 1925 verkaufte S. dem BeschwF. 25 dieser „Anteile" gegen eine Barzahlung von 15000 *RM*. Er sicherte dem BeschwF. ferner zu, daß die übertragenen „Anteile" mit einem „Bruttoprozentsatz" von 50 Goldpfennigen per 100 kg an der Förderung beteiligt seien und trat ihm dementsprechend das Recht auf Bezug von 2 Mark per 100 kg, welches ihm selbst aus dem Vertrage mit C. zustand, zum vierten Teile ab. Gestützt auf diese Verträge verlangte der BeschwF. von der „B. Erdöl A.-G.", die später Bohrungen auf den genannten Parzellen ausführen wollte, 0,50 *RM* per 100 kg des zu fördernden Rohöls. Es kam zu einem Rechtsstreit zwischen dem BeschwF. und der AktG., der sein Ende in folgendem Vergleich fand: „Die Bekl. verpflichtet sich, dem Kl. (BeschwF.) für das an der Grube entwässerte Rohöl per 100 kg 0,25 *RM* zu zahlen, und zwar solange die Gruben fördern, also bis zur völligen Erschöpfung der Felder." Im Jahre 1931 hat der BeschwF. dementsprechend 5240 *RM* ausgezahlt erhalten.

Das FinA. hat den ganzen Betrag zur Einkommensteuer ohne jeden Abzug herangezogen, und zwar als wiederkehrende Einkünfte nach § 40 EinkStG. 1925. Das FinGer. hat diese Entsch. im wesentlichen bestätigt — indem es zunächst ausführt, daß weder Einkünfte aus Gewerbebetrieb noch aus Kapitalvermögen vorlägen —, von den Einkünften aber einen Betrag von 400 *RM* als Reisespesen in Abzug bringt, weil es sich hierbei um Werbungskosten des Steuerabschnitts 1931 handle.

Die RBeschw. rügt unrichtige Rechtsanwendung. Sie bestreitet nach wie vor, daß es sich bei dem Betrag von 5240 *RM* überhaupt um Einkünfte i. S. des EinkStG. handle, verlangt aber, daß, wenn die Frage der Einkommensteuerpflicht zu bejahen wäre, noch weitere Beträge (Kaufpreis, Reisekosten früherer Jahre, Gerichts- und Anwaltskosten) im Gegensatz zur Ansicht der Vorbehörden als Werbungskosten anerkannt werden müßten.

Die RBeschw. muß zur Aufhebung der Vorentscheidung führen.

Dem FinGer. ist darin beizutreten, daß steuerpflichtige Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht in Frage kommen. Der BeschwF. betreibt kein Unternehmen, noch ist er als Mitunternehmer an einem solchen beteiligt. Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, daß je nach dem noch festzustellenden Sachverhalt entweder Einkommen aus Kapitalvermögen i. S. des § 37 Abs. 1 Ziff. 1 (Ausbeuten aus — mittelbarer — Beteiligung an einer bergbautreibenden Vereinigung) oder Leistungsgewinne i. S. des § 41 Abs. 1 Ziff. 2 EinkStG. vorliegen. Wiederkehrende Bezüge i. S. des § 40 EinkStG. 1925 können nicht angenommen werden, wenn gegen Entgelt das Recht auf gewisse Bezüge erworben wird, deren Höhe ungewiß ist, die möglicherweise überhaupt nicht anfallen, deren Dauer aber von vornherein begrenzt ist. Es erscheint wirtschaftlich schwer vertretbar, hier, wo die Möglichkeit besteht, daß der Erwerber weniger als den gezahlten Kaufpreis, möglicherweise außer einer erstmaligen Zahlung (um eine solche handelt es sich hier) später nichts mehr erhält, „wiederkehrende Bezüge" anzunehmen, wenn andererseits bei längerer Dauer der Bezüge Kapitalertrag anzunehmen ist.

Der Senat hat nun in der Entsch. v. 18. Dez. 1930, VI A 899/30 (RFH. 27, 303 = JW. 1931, 754) auch die Ausbeute aus „Bruttoanteilen" an einer Gesellschaft, die mittelbar oder unmittelbar erdölhaltigen Grundbesitz auswertet, ohne Rücksicht auf den allmählichen Verzehr des Stammrechts durch die zunehmende Erschöpfung des Erdölvorkommens als steuerpflichtiges Einkommen aus Kapitalvermögen angesehen. Denn unter § 37 EinkStG. 1925 fallen hiernach alle Einkünfte aus einer Beteiligung an einer Gesellschaft, die sich als Früchte einer kapitalistischen Beteiligung, der Hingabe eines Geldkapitals an einen anderen zum Zweck der Erzielung geldwerter Vorteile durch Umtrieb dieses Kapitals darstellen, namentlich dann, wenn die Beteiligung im Verkehr in Wertpapierform gewählt wird. Es ist möglich, daß ein ähnlicher Sachverhalt auch hier vorliegt. Das trifft dann zu, wenn der Geber des Kapitals von vornherein damit rechnet, daß er in der Ausbeute sowohl sein Kapital als auch einen angemessenen Zins, ein Entgelt für die Überlassung der Nutzung des Kapitals an den Empfänger, erhalten wird. Eine Ausbeute in diesem Sinne wird aber nur dann angenommen werden können, wenn nach Lage der Verhältnisse die Kapitalausleihung und die Nutzung eine längere Dauer erreichen. Kapitalertrag kommt also nicht in Betracht, wenn der Geber des Kapitals von vornherein damit rechnen muß, daß das Kapital nur kurze Zeit bei dem Nehmer arbeiten kann und es von vornherein fraglich ist, ob dem Geber überhaupt ein Nutzen zufließt, dieser also von Anfang an darauf spekuliert, d. h. ein gewagtes Geschäft eingehen muß mit der unbestimmten Hoffnung, daß die Ausbeute (der gesamte Zufluß an ihn) nicht weniger, sondern mehr als die Summe des hingegebenen Kapitals beträgt. Ein Kapitalertrag i. S. des § 37 EinkStG. 1925 kann also vorliegendenfalls nur dann angenommen werden, wenn im Zeitpunkt der Hingabe des Kapitals angenommen werden konnte, daß die Ausbeute an Öl sich auf eine größere Reihe von Jahren erstrecken werde.

Zu prüfen ist weiter die Frage, wie der Sachverhalt einkommensteuerlich zu beurteilen ist, wenn von vornherein anzunehmen war, daß die Ölgewinnung, wenn überhaupt Öl vorhanden war, im Hinblick auf die geringe Größe des Feldes und die Bodenverhältnisse, nur wenige Jahre andauern werde. Die Erfassung des hierbei anfallenden Gewinnes als Spek-

lationsgewinn (Einkommen aus Veräußerungsgeschäften) nach § 42 EinkStG. scheidet schon deshalb aus, weil die in § 42 Abs. 1 genannten Fristen auf jeden Fall überschritten sind. Das Verhalten des BeschwF. muß aber alsdann als eine andere Tätigkeit i. S. von § 41 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. 1925 angesehen werden, deren Ertrag als „sonstiger Leistungsgewinn" i. S. der §§ 41 Abs. 1 Nr. 2, 6 Abs. 1 Ziff. 8 EinkStG. 1925 der Einkommensteuer zu unterwerfen ist. In diesem Falle beteiligte sich der BeschwF. durch seine Kapitalleistung zwar nicht als Mitunternehmer oder als Anteilsbesitzer an dem Gewerbe eines anderen, aber er ließ doch sein Kapital, ähnlich einem Verpächter, in der Absicht, hieraus Gewinn zu erzielen, durch Unterbeteiligung in einem fremden Betrieb arbeiten. Es entspricht dem Sinn und Zweck des EinkStG. und der Volksanschauung, ein derartiges Zwischending zwischen dem Einkommen aus Kapitalertrag, dem Einkommen aus Verpachtung und dem Einkommen aus Gewerbe als Einkommen aus anderweitigen Leistungsgewinnen steuerlich zu erfassen. Bemerkt sei hierzu, daß § 41 Abs. 1 Nr. 2 nicht ein längeres Tätigwerden (Tun) erfordert, wie sich daraus ergibt, daß auch Einkünfte aus einer einmaligen Vermittlung oder aus einer einmaligen Gebrauchsüberlassung (Vermietung) von beweglichen Gegenständen steuerpflichtig sind, und zwar auch in Fällen, in denen, wie im letzteren Fall, ein bloßes Dulden der Nutzung von Wirtschaftsgütern durch einen anderen gegen Entgelt in Frage kommt. Es muß hiernach auch das Einkommen aus der entgeltlichen Überlassung von Beteiligungskapital (außerhalb des Einkommens aus Kapitalertrag i. S. des § 37) als sonstiger Leistungsgewinn i. S. des § 41 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. steuerlich erfaßt werden. Dies entspricht auch der neuen Fassung des Begriffs in § 22 Ziff. 3 EinkStG. 1934. Steuerpflichtig ist aber in diesem Falle nur der Überschuß, den der Erwerber der Beteiligung über das hingegebene Kapital hinaus erzielt, nach Abzug der Werbungskosten, und zwar nur, sofern dieser Gewinn 500 *RM* (ab 1934: 300 *RM*) übersteigt. Zieht sich die Abwicklung der Beteiligung über mehrere Jahre hin, so ist ein steuerpflichtiger Gewinn erst dann entstanden, wenn die Summe sämtlicher Ausgaben (Kapitalhingabe, Werbungskosten) durch die Summe der Einnahmen überschritten wird. Beispiel: Der Steuerpflichtige gibt i. J. 1930 15000 *RM* für eine kurzfristige Förderzinsbeteiligung aus. In den Jahren 1930 und 1931 hat er noch keine Einnahmen, 1931 hat er aber Werbungskosten in Höhe von 3000 *RM*. Im Jahre 1932 erhält er 10000 *RM* Förderzins. Aufs Ganze gesehen hat er also Ende 1932 noch einen Fehlbetrag von (15000 + 3000) — 10000 = 8000 *RM*. 1933 hat er 1000 *RM* Werbungskosten. Andererseits bekommt er als Förderzins weitere 10000 *RM*. Er hat also 1933 erstmals einen Reinüberschuß: 20000 — (15000 + 3000 + 1000) = 1000 *RM*. Dieser ist, da er den Betrag von 500 *RM* übersteigt, für 1933 einkommensteuerpflichtig. Hat er nun weiter i. J. 1934 300 *RM* Werbungskosten und bekommt noch restliche 500 *RM* aus der nunmehr versiegten Quelle, so entfällt eine Steuerpflicht, da das Reineinkommen aus dieser Einkommensart 300 *RM* im Kalenderjahr nicht übersteigt (§ 22 Ziff. 3 Satz 2 EinkStG. 1934). Andererseits kann er die in den Jahren 1931 und 1932 entstandenen Werbungskosten nicht an dem Einkommen dieser Jahre abziehen. Bezüglich der Werbungskosten möchte damit der Senat an seiner Entsch. v. 30. Sept. und 16. Dez. 1931, VI A 942/31: StW. 1932 Nr. 267 nicht festhalten.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 17. Okt. 1935, VI A 273/35.)
<= RFH. 38, 287.>

Anmerkung: Obwohl die Entsch. dem Inhalt nach einen ausgesprochenen Ausnahmefall betrifft, rührt sie doch an grundsätzliche Fragen des Einkommensteuerrechtes, nämlich an die Abgrenzung verschiedener Einkommensarten und vor allem auch an die Frage der Berechnung des Einkommens bei einer „anderen Tätigkeit".

Der Steuerpflichtige hat durch frühere Aufwendung von Geld schließlich das Recht erworben, gewisse Bezüge zu erhalten, die sich nach der Menge des aus einer Grube entwässerten Rohöles richten. Für die Frage, zu welcher Einkommensart diese Bezüge zu rechnen sind, bestand die Wahl zwischen Einkommen aus Gewerbebetrieb, aus Kapitalvermögen, aus wiederkehrenden Bezügen und schließlich aus „anderer Tätigkeit".

Mit Recht lehnt das Urteil in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen die Möglichkeit eines gewerblichen Einkommens ab, weil von einer Unternehmerschaft oder Mitunternehmerschaft des Steuerpflichtigen nicht gesprochen werden kann. Die Annahme wiederkehrender Bezüge lehnt das Urteil mit der Begründung ab, es sei wirtschaftlich schwer vertretbar, wiederkehrende Bezüge anzunehmen, wo die Möglichkeit bestehe, daß der Erwerber weniger als den gezahlten Kaufpreis erhält. Für den vorl. Fall kann man diesem Ergebnis sicherlich beipflichten. Man wird sich aber davor hüten müssen, diese Begründung etwa zu verallgemeinern. Auch bei dem Erwerb einer Leibrente kann es durchaus so liegen, daß infolge eines vorzeitigen Todes des Empfängers wesentlich weniger gezahlt wird, als für den Erwerb der Rente aufgewendet wurde, und doch kann kein Zweifel sein, daß die Leibrentenbezüge als wiederkehrende Bezüge so lange einkommensteuerpflichtig sind, wie sie wirklich gezahlt werden. Richtig ist dagegen die weitere Begründung, daß die Höhe der Jahresbezüge ungewiß ist und daß auch ihre Dauer von ganz unbestimmten Umständen, jedenfalls nicht etwa von der Lebensdauer des Empfängers oder des Zahlungspflichtigen, abhängt.

Das Urteil läßt schließlich die Entsch. offen zwischen Einkommen aus Kapitalvermögen und Einkommen aus einer „anderen Tätigkeit". Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Möglichkeiten wird darauf abgestellt, daß bei Einkommen aus Kapitalvermögen der Berechtigte auf eine längere Dauer und auf Rückfluß der von ihm aufgewendeten Beträge *rechnet*, während bei einer „anderen Tätigkeit" mit einer kürzeren Dauer gerechnet wird. Durch die sonstige Rspr. steht fest, daß es *nur auf die Erwartungen bei Abschluß des Vertrages* ankommt und nicht etwa darauf, wie sich die Verhältnisse später tatsächlich entwickeln, ob also wirklich Bezüge für längere Dauer gezahlt werden und ob etwa das Kapital verlorengeht.

Unentschieden bleibt folgende Frage: Hat man bei Abschluß des Vertrages mit einer längeren Dauer gerechnet sowie damit, daß die zufließenden Beträge höher werden als der aufgewendete Betrag, so würde man bei Annahme von wiederkehrenden Leistungen zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der aufgewendete Betrag nicht von der Summe der zufließenden Beträge abgezogen werden kann, daß also die sämtlichen jährlichen Bezüge einkommensteuerpflichtig sind. Soll das gleiche auch dann gelten, wenn man Einkommen aus Kapitalvermögen annimmt, oder soll hier das Recht bestehen, denjenigen Teil der Ausbeute als Kapitalrückzahlung steuerfrei zu lassen, der dem ursprünglich aufgewendeten Kapitalbetrag entspricht? In welchem Verhältnis sollen die einzelnen jährlichen Bezüge aufgeteilt werden? Es spricht manches dafür, daß nach der sonstigen Einstellung des RFH. auch bei Annahme von Kapitaleinkommen die sämtlichen jährlichen Bezüge einkommensteuerpflichtig sind, so daß also das Ergebnis schließlich das gleiche sein würde wie bei der Annahme wiederkehrender Bezüge.

Neben diesen Schwierigkeiten der Abgrenzung der Einkommensarten besteht die weitere Zweifelsfrage, wie das Einkommen aus „anderer Tätigkeit" zu berechnen ist. Die Frage ist zunächst im Zusammenhang mit den Gewinnen aus privaten Erfindungen behandelt worden. In der Entsch. vom 30. Sept. und 16. Dez. 1931 (VI A 942/31, abgedr. StW. 1932 Nr. 267) ist ausgeführt, es handele sich hier um die Versteuerung des Überschusses der Einnahmen über die Ausgaben und nicht um die Feststellung des Gewinns; daraus wird gefolgert, daß eine Aktivierung früherer Aufwendungen nicht in Frage käme. Die Folge davon war damals, daß die in einem Jahr aufgewendeten Werbungskosten steuerlich völlig bedeutungslos blieben, wenn und insoweit nicht in diesem gleichen Jahr ein Gewinn erzielt wurde. Mit dieser strengen Durchführung des Grundsatzes der Einnahmen- und Ausgabenrechnung wird jetzt ausdrücklich gebrochen. Die letzten

Sätze des Urteils laufen praktisch darauf heraus, daß der Gewinnbegriff, der früher für diese Einkommensart ganz abgelehnt wurde (vgl. dazu auch Becker: StW. 1932, 392), nunmehr ausdrücklich zugelassen wird. Es wird zunächst einmal klargestellt, daß die ursprünglich gemachten Aufwendungen zunächst einmal wieder eingebracht werden dürfen, wobei überhaupt keine Steuerpflicht entsteht. Weitere Werbungskosten werden dann laufend zunächst zusammengerechnet und von dem Gewinn des ersten Überschußjahres gekürzt. Das bedeutet aber nichts anderes als eine Aktivierung von Werbungskosten, nur mit dem Unterschied, daß nach ausdrücklicher Vorschrift des alten und des neuen EinkStG. unter keinen Umständen ein Minusbetrag in irgendeinem Jahr herauskommen kann, der mit anderen Einkommensarten auszugleichen wäre.

Von dieser Betrachtungsweise aus bedeutet das besprochene Urteil einen erheblichen Schritt in ein bisher noch wenig erforschtes Gebiet.

RA. Dr. Delbrück, Stettin.

*

54. § 14 GrErwStG.; § 1 StAnpG. Auch nach dem Inkrafttreten des StAnpG. ist die Frage, ob im Sinne des § 14 GrErwStG. der Grundstückserwerber Hypothekengläubiger war und ob ihm die Hypothek seit einem Jahr vor der ersten Beschlagnahme des Grundstücks zustand, nicht wirtschaftlich, sondern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. †)

Die Beschwerdegegnerin erwarb im Zwangsversteigerungsverfahren durch Zuschlagsbeschluß v. 23. Okt. 1934 ein Grundstück für ihr bares Meistgebot von 16000 *RM*. Zur Grunderwerbsteuer in Höhe von 480 *RM* Hauptsteuer und 320 *RM* Zuschlag herangezogen beantragt sie Steuerfreiheit auf Grund des § 14 GrErwStG. Auf dem versteigerten Grundstück stand nämlich eine Hypothek von 5000 *RM* eingetragen, die i. J. 1929 für die Beschwerdegegnerin bestellt worden war, die sie aber laut Urk. v. 14. April 1930 mit den Zinsen seit 1. Mai 1929 an die Spar- und Leihkasse der Stadt E. abgetreten hatte, und zwar unstreitig zur Sicherung eines von der Sparkasse der Beschwerdegegnerin in laufender Rechnung zu gewährenden Kredits. Diese Abtretung war am 17. Aug. 1933 im Grundbuch vermerkt worden. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, daß sie den Kredit nicht in Anspruch genommen und die Hypothek deshalb trotz der Abtretung wirtschaftlich ihr zugestanden habe; mit Rücksicht hierauf habe sie zur Rettung der Hypothek auf das Grundstück geboten. Nach erfolglosem Einspruch erzielte sie mit der Ber. ihre Freistellung, indem das FinGer. sich dem Standpunkt der Berufungsführerin anschloß und den § 14 GrErwStG. namentlich mit Rücksicht auf die inzwischen in Kraft getretene Vorschr. des § 1 StAnpG. für anwendbar erklärte.

Hiergegen richtet sich die vom FinGer. wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassene RBeschw. der Steuerstelle mit dem Antrag auf Wiederherstellung des Einspruchsbescheides. Dem Rechtsmittel war stattzugeben.

Wie der Senat unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 14 GrErwStG. in ständiger Rspr. entschieden hat, hat der Gesetzgeber mit dieser Vorschr. keineswegs eine allgemeine Steuervergünstigung zugunsten aller Personen gewähren wollen, die bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks durch den möglichen Ausfall eines darauf lastenden dinglichen Rechtes vermöge irgendwelcher Rechtsbeziehungen Schaden erleiden würden und zur Abwendung eines solchen Schadens das Grundstück ersteigern. Die Vorschr. gilt vielmehr nur für die in ihr besonders vorgesehenen, bestimmt begrenzten Fälle, und es würde namentlich auch weder ihrer Wortfassung, noch ihrem Sinne entsprechen, die Vergünstigung auf Grund wirtschaftlicher Erwägungen auf andere als die in ihr besonders aufgeführten Arten von beteiligten Personen auszudehnen. Hypothekengläubiger i. S. des § 14 GrErwStG. ist daher nur der Hypothekengläubiger des bürgerlichen Rechts, der das dingliche Recht durch Eintragung im Grundbuch oder außerhalb des Grundbuchs durch Abtretung und Übergabe des Hypothekenbriefes oder sonst nach den Vorschr. des BGB. erworben und es auch nicht wieder nach diesen Vorschr. (vgl. § 1154 BGB.) verloren hat. Die Einführung eines sog. „wirtschaftlichen Hypothekengläubigers" in den steuerlichen Tatbestand des § 14 GrErwStG. würde, worauf der Senat schon häufiger hingewiesen hat, bei der Anwendung der Vorschr., insbes. bei der Ermittlung des in § 14 Einleitung bezeichneten Gesamtbetrages und bei der Best. der in § 14 Abs. 1 Nr. 1 vorgesehenen Jahresfrist zu kaum überwindlichen Schwierigkeiten und einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, da der Begriff eines „wirtschaftlichen Realgläubigers" sich überhaupt nicht fest umgrenzen läßt und auch für das Zwangsversteigerungsverfahren, in dessen Rahmen die Anwendung des § 14 in Frage kommt, keine Bedeutung hat.

Die Ausführungen des BU. geben dem Senat in keiner Beziehung Anlaß, seinen oben dargelegten Rechtsstandpunkt, der besonders in den Entsch. II A 102/32 v. 12. April 1932 = JW. 1932, 2475, II A 228/32 v. 8. Juli 1932 = JW. 1933, 379 und II A 205/32 v. 24. Jan. 1933 = JW. 1933, 1358; RFH. 31, 39, 210; 32, 322) mit eingehender Begr. zur Geltung gebracht ist und auch im Schrifttum fast einhellig vertreten wird, zu verlassen.

Verfehlt ist zunächst der Hinweis des FinGer. auf die in der Begr. des Entwurfs zum GrErwStG. (S. 23) enthaltene Bemerkung: „Es bleibt nur übrig, die wirtschaftlichen Verhältnisse des einzelnen Falles genau zu untersuchen und je nach deren Lage den Vorzug des § 12 (= § 14 des Ges.) zuzubilligen oder nicht". Diese Bemerkung bezog sich lediglich auf die Fassung des Gesetzentwurfs, in welchem mit den Worten „so kann die Oberbehörde auf Antrag des Steuerschuldners bestimmen, daß ..." die Steuervergünstigung überhaupt nicht zwingend vorgeschrieben, vielmehr der Oberbehörde überlassen war, die Vergünstigung auch beim Vorliegen der in § 12 (14) bezeichneten Voraussetzungen abzulehnen, wenn die von ihr zu prüfenden wirtschaftlichen Verhältnisse des Einzelfalles die Gewährung der Vergünstigung nicht als wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen ließen. Nachdem im Gesetz selbst die Worte „so kann die Oberbehörde ..." durch die Worte „so hat die Oberbehörde ..." ersetzt worden waren, die Steuervergünstigung also nunmehr unter den in § 14 bezeichneten Voraussetzungen von der Oberbehörde gewährt werden mußte, war die oben wiedergegebene Bemerkung in der Begr. des Gesetzentwurfs gegenstandslos geworden. Für die Annahme, daß der Gesetzgeber, als er die Kann-Vorschrift des Entwurfs in eine Muß-Vorschrift umwandelte, damit deren Anwendung auch ohne die sonstigen im Gesetz bezeichneten Voraussetzungen auf wirtschaftlich ähnlich liegende Fälle habe anordnen, insbes. auch einem sog. „wirtschaftlichen Hypothekengläubiger" die Steuervergünstigung habe gewähren wollen, bietet das Gesetz keinerlei Anhalt; die Vorschr. des § 31 Abs. 1 Satz 2 (früher § 35) des Ges. mit dem darin vorgesehenen Steuererlaß aus Billigkeitsgründen spricht vielmehr dagegen.

Auch das inzwischen in Kraft getretene und vom FinGer. zur Begr. seiner Rechtsauffassung angezogene StAnpG. kann nicht zu einer von dem bisherigen Standpunkt des Senats abweichenden Auslegung des § 14 GrErwStG. führen. Was zunächst die nach § 1 StAnpG. bei der Auslegung von Steuergesetzen zu berücksichtigende Volksanschauung angeht, so kann dem FinGer. schon darin nicht beigetreten werden, daß eine Person, die ihre Hypothek lediglich zu Sicherungszwecken abgetreten hat, nach allgemeiner Volksanschauung stets noch uneingeschränkt als der „wahre Gläubiger" gelte und insofern einem bloßen Verpfänder der Hypothek gleichgestellt werde. Das trifft jedenfalls insoweit nicht zu, als dem Abtretungsempfänger Forderungen gegen den Abtretenden zustehen und dieser nach seinen Vermögensverhältnissen nicht in der Lage ist, jederzeit den Abtretungsempfänger zu befriedigen oder ihm sonst ausreichende Sicherheit für seine Forderungen zu gewähren. Im übrigen aber kommt es für die Auslegung des § 14 nicht darauf an, ob und inwieweit der Hypothekengläubiger, der seine Hypothek sicherungshalber abgetreten hat, nach der wirtschaftlich urteilenden Volksanschauung noch als „wahrer Gläubiger" angesehen wird, sondern darauf, ob § 14 seinem Sinne nach auch einen derartigen „wirtschaftlichen Hypothekengläubiger" steuerlich begünstigen will. Das aber muß der Senat auch bei

Beachtung der Grundsätze des StAnpG. aus den von ihm früher bereits dargelegten Gründen nach wie vor verneinen. Auch das StAnpG. steht keineswegs auf dem Standpunkt, daß steuerrechtliche Vorschr. stets nur unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise auszulegen sind. Selbst bei Ermessensentscheidungen i. S. des § 2 StAnpG. sollen nicht lediglich wirtschaftliche und auf die Belange der betroffenen Personen abgestellte Billigkeitserwägungen maßgebend sein; als gleichwertiger Maßstab soll vielmehr, wie es in der Begr. zu § 2 StAnpG. (RStBl. 1934, 1398) heißt, zugleich die Zweckmäßigkeit berücksichtigt werden, die auch den Erfordernissen des Volksganzen und der Verwaltung Rechnung trägt. Auch im übrigen ist bei Auslegung eines einzelnen Steuergesetzes immer zu prüfen, ob es hierbei seinem Sinne und seinem Zwecke nach eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gestattet (vgl. dazu auch Ott: StW. 1935, 708 unter 3). Dem entspricht auch die Vorschr. des § 11 StAnpG. Hier ist u. a. bestimmt, daß Wirtschaftsgüter, die zum Zwecke der Sicherung oder zu treuen Händen übereignet worden sind, grundsätzlich zwar für die Besteuerung dem Veräußerer oder Treugeber zugerechnet werden, daß dieses jedoch nicht gilt, soweit im einzelnen Steuergesetz anderes bestimmt ist. Soweit solche Sondervorschriften bestehen, ist auch für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise in Anwendung des § 11 StAnpG. kein Raum. Dazu wird in der Begr. des StAnpG. (RStBl. 1934, 1405) beispielsweise bemerkt, daß im Hinblick auf §§ 1 und 4 GrErwStG. der Übergang des Eigentums an inländischen Grundstücken der Grunderwerbsteuer auch dann unterliegt, wenn das Grundstück nur zu treuen Händen oder zum Zwecke der Sicherung übereignet wird. In gleicher Weise muß auch die Frage, wer i. S. des § 14 GrErwStG. Hypothekengläubiger ist, rein bürgerlich-rechtlich beurteilt werden.

Im vorl. Falle, wo die Beschwerdegegnerin den ihr gegen Abtretung der Hypothek zugesagten Kredit überhaupt nicht in Anspruch genommen hat, würde allerdings die Entsch. der Frage, wer zur Zeit der Versteigerung und der ersten Beschlagnahme des versteigerten Grundstücks „wirtschaftlicher" Hypothekengläubiger gewesen ist, nicht zweifelhaft sein können. Ist dagegen in Fällen vorl. Art der zugesagte laufende Kredit tatsächlich in Anspruch genommen worden, so würde die rein wirtschaftliche Beurteilung der Gläubigerfrage u. U. je nach der Zahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zu dem Ergebnisse führen müssen, daß mit dem Steigen und Fallen des Geschäftsguthabens die Person des (wirtschaftlichen) Hypothekengläubigers fortgesetzt gewechselt habe. Das würde, wie oben bereits bemerkt worden ist, bei der Anwendung des § 14 zu so weitgehenden Zweifeln und Schwierigkeiten Anlaß geben, daß der Gesetzgeber auch bei dem Erlaß des StAnpG. eine Entsch. der Gläubigerfrage nach wirtschaftlichen, statt nach bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten nicht gewollt haben kann, und zwar um so weniger, als gerade auch der Zweck der allgemeinen Vorschr. des StAnpG. nicht zum wenigsten darin besteht, auf den darin berührten Gebieten Klarheit und Sicherheit durch feste Begriffe zu schaffen. Daran ändert es auch nichts, daß bei der Anwendung des § 14 GrErwStG., insbes. hinsichtlich der Frage, ob die erforderliche Rettungsabsicht bei dem Grundstückserwerber bestanden hat, auch wirtschaftliche Gesichtspunkte in Betracht kommen.

Der Senat verkennt durchaus nicht, daß die von ihm für geboten erachtete bürgerlich-rechtliche Beurteilung der Gläubigerfrage nicht selten Härten für den Grundstückserwerber zur Folge hat. Solche Härten müssen aber im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen werden. Sie können im Einzelfall nur durch einen Billigkeitserlaß nach § 31 Abs. 1 GrErwStG. beseitigt werden. Zu einem solchen Billigkeitserlaß sind aber nicht die FinGer., sondern nur die Verwaltungsbehörden zuständig.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 13. Sept. 1935, II A 161/35 S.)
〈= RFH. 38, 191.〉

Anmerkung: In dem dem Urteil zugrunde liegenden Tatbestand war eine Hypothek an eine Sparkasse ursprünglich zur Sicherung übertragen worden. Der beabsichtigte Sicherungszweck war aber mangels Inanspruchnahme des zu sichernden Kredites hinfällig geworden.

1. Der Sicherungsgeber konnte nach ständiger, in obigem Urteil wiederholter Rspr. des 2. Senats das Grundstück nicht grunderwerbsteuerfrei erwerben, weil ihm die Hypothek nicht zustand.

2. Die sicherungsnehmende Sparkasse andererseits konnte das Grundstück nicht grunderwerbsteuerfrei erwerben, weil sie durch den Ausfall der Hypothek keinen Schaden erlitt (RFH. 31, 101).

Eine Änderung dieser im Ergebnis außerordentlich unbilligen Rspr., die neuerdings wieder eine eingehende Kritik bei Ahlbäumer, Treuhandverhältnisse im Steuerrecht, 1935, S. 146 ff. erfahren hat, wird nur vom Gesetzgeber erwartet werden können, nachdem die Rspr. sich viele Jahre hindurch in dieser Richtung festgelegt hat. Für den Praktiker aber erhebt sich die Frage, wie sich dieses Ergebnis vermeiden läßt.

a) Durch Rückübertragung der Hypothek seitens der Sparkasse auf den Sicherungsgeber hätte dieser eine Grunderwerbsteuerfreiheit neu erworben, wenn die Übertragung ein Jahr vor Beschlagnahme des Grundstücks erfolgt wäre, denn die Besitzzeit des Sicherungsnehmers wird dem Sicherungsgeber nicht angerechnet (RFH. 31, 210).

b) Wäre die Hypothek vom Sicherungsgeber der sicherungsnehmenden Sparkasse lediglich verpfändet worden, so hätte zwar die Sparkasse als Pfandgläubigerin das Grundstück nicht grunderwerbsteuerfrei ersteigern können (vgl. RFH. 31, 39), der Sicherungsgeber hätte aber die Grunderwerbsteuervergünstigung trotz der Verpfändung behalten.

c) Wäre der Anspruch des Sicherungsgebers gegen den Sicherungsnehmer auf Rückübertragung der Hypothek durch eine Vormerkung gesichert worden, so hätte der Sicherungsgeber sich seine Grunderwerbsteuervergünstigung erhalten (RFH. 31, 43), während die sicherungsnehmende Sparkasse die Grunderwerbsteuervergünstigung nach Ablauf eines Jahres, vom Erwerb der Hypothek ab gerechnet, erworben hätte, vorausgesetzt, daß ihr Ansprüche gegen den Sicherungsgeber im Zeitpunkt der Versteigerung zugestanden hätten. Auf diese Weise wäre also das grunderwerbsteuerrechtlich günstigste Ergebnis erzielt worden, da durch Einräumung einer Vormerkung der Sicherungsgeber und daneben unter gewissen Umständen auch der Sicherungsnehmer die Grunderwerbsteuervergünstigung geltend machen können. In der Praxis wird sich deshalb empfehlen, nach Möglichkeit im Falle der Sicherungsübertragung einer Hypothek den Rückabtretungsanspruch durch Eintragung einer Vormerkung sichern zu lassen.

d) Eine weitere Möglichkeit, die Grunderwerbsteuervergünstigung dem Sicherungsgeber zu erhalten, besteht darin, daß dieser dem Sicherungsnehmer gegenüber Bürgschaft für die abgetretene Hypothekenforderung übernimmt (vgl. Meilicke: JW. 1934, 860).

RA. Dr. Heinz Mejlicke, Charlottenburg.

*

×**55.** §§ 1 Nr. 1, 8 Abs. 7 UmsStG. 1932; § 5 Abs. 2 UmsStG. 1934. Wenn eine Zuckerfabrik Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern für den Zuckergehalt der gelieferten Rüben den gleichen Barpreis zahlt und außerdem den Gesellschaftern Trockenschnitzel ohne Berechnung zukommen läßt, ist sie wegen der Trocknungskosten nicht steuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 13. Sept. 1935, V A 217/34 S.)
〈= RFH. 38, 255.〉

*

×**56.** § 1 Nr. 1 UmsStG. 1932. Zieht eine bahnamtliche Rollfuhrgesellschaft bei Ausführung der ihr von der Reichsbahn erteilten Aufträge einen ihrer Gesellschafter zur Gestellung von Fahrzeugen nebst Zubehör und Personal als Untererfüllungsgehilfen heran, so ist dieser, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaft als Gesellschafter, mit dem von der Gesellschaft an ihn entrichteten Entgelt umsatzsteuerpflichtig.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 9. Aug. 1935, V A 36/35 S.)

*

×**57.** §§ 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 UmsStG. 1932. Bei einem bahnamtlichen Rollfuhrunternehmen gehören die von der Reichsbahn geleisteten Selbstkostenzuschüsse zum steuerbaren Entgelt.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 4. Okt. 1935, VA 362/34 S.)

*

×**58.** § 2 Abs. 1 und 3 UmsStG. 1934; § 3 Abs. 2 UmsStDurchfBest. 1934. Bei dem Betrieb gemeindlicher Krankenhäuser ist das Besteuerungsmerkmal der gewerblichen Tätigkeit gegeben.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 13. Dez. 1935, VA 551/35 S.)

*

×**59.** § 2 Nr. 4a UmsStG. 1926/1930; § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932; § 4 Nr. 9 UmsStG. 1934.

1. Die Umsatzsteuerbefreiung für Grundstücksumsätze nach § 2 Nr. 4a UmsStG. 1926/1930, § 2 Nr. 8 UmsStG. 1932 (§ 4 Nr. 9 UmsStG. 1934) erstreckt sich auf mitveräußerte Waldbestände.

2. Die Befreiungsvorschrift in § 2 Nr. 4a UmsStG. 1926/1930 greift — bei Besteuerung nach vereinnahmten Entgelten — auch dann Platz, wenn die Lieferung vor, die Vereinnahmung des Entgelts aber nach dem Inkrafttreten der Befreiungsvorschrift (1. Jan. 1931) liegt.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 19. Nov. 1935, VA 349/34 S.)
〈= RFH. 38, 262.〉

*

×**60.** § 8 Abs. 7 UmsStG. 1932; § 5 Abs. 2 UmsStG. 1934. Gewährt eine Kaufzuckerfabrik ihren Rübenlieferern für die Rüben neben dem Barpreis und Naßschnitzeln eine entsprechende Menge Futterzucker, so wird der Rübenlieferer umsatzsteuerpflichtig mit dem Barpreis und mit dem gemeinen Wert des Futterzuckers, die Fabrik mit dem Wert des Zuckergehalts der Rüben, soweit er schätzungsweise auf die Lieferung des Futterzuckers entfällt. Dieser anteilsmäßige Wert des Zuckergehalts wird der Regel nach dem gemeinen Wert des Futterzuckers entsprechen.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 13. Sept. 1935, VA 163/34 S.)
〈= RFH. 38, 252.〉

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Berichtet von Senatspräsident v. Krics, Berlin

61. Entziehung eines Reisepasses. §§ 19, 11 Abs. 2 Buchst. b PaßbEk. v. 7. Juni 1932 (RGBl. I, 257). Die Entziehung eines Reisepasses auf Grund § 19 i. Verb. m. § 11 Abs. 2 Buchst. b PaßbEk. v. 7. Juni 1932 setzt voraus, daß gegen den Paßinhaber bereits Ansprüche steuerlicher Art bestehen, denen er sich durch die Benutzung seines Passes entziehen will. Sie ist daher nicht zulässig, wenn lediglich die Besorgnis begründet ist, der Paßinhaber werde etwaige Erträge seiner Auslandsreise der Steuerbehörde verheimlichen, also sich in Zukunft einer Steuerhinterziehung schuldig machen.

Der praktische Arzt Dr. med. X. betreibt in D. ein Sanatorium. Seine Praxis übt er zum Teil im Ausland aus. Das Sanatorium ist in den letzten Jahren schlecht besucht gewesen und das Grundstück hoch belastet.

Im Sommer 1934 beantragte das FinA. in B. die vorläufige Einziehung der dem Dr. X. und seinen Familienangehörigen ausgestellten Reisepässe, weil zu befürchten sei, daß er sich durch Übersiedlung ins Ausland seinen steuerlichen Verpflichtungen entziehen wolle. Er schulde nämlich für Nachsteuern und eine Steuerstrafe noch einen Betrag von zirka 20000 *RM*. Seine Zusage, einen größeren Teil seiner Steuerschuld nach Rückkehr von einer Reise nach Frankreich abzuzahlen, habe er nicht erfüllt. Sein eigener Bevollmächtigter habe vielmehr bei einer Rücksprache über die Tilgung der Steuerreste einem Beamten des FinA. gegenüber geäußert, Dr. X. trage sich mit dem Gedanken, seinen Wohnsitz ins Ausland zu verlegen.

Durch Vfg. des Bürgermeisters in D. (Hessen-Nassau) als Ortspolizeibehörde v. 2. Aug. 1934 wurden daraufhin dem Dr. X. und seiner Ehefrau die ausgestellten Reisepässe auf Grund § 19 i. Verb. m. § 11 Ziff. 2 Buchst. b PaßbEk. v. 7. Juni 1932 vorläufig entzogen.

Die Beschw. der Eheleute wurde durch Bescheid des Landrats in B. v. 28. Aug. 1934 zurückgewiesen, weil die Entziehung der Reisepässe lediglich eine im steuerlichen Interesse notwendige Sicherheitsmaßnahme darstelle, welche durch die erwähnte Äußerung des Bevollmächtigten von Dr. X. veranlaßt sei. Das FinA. habe sich auch bereit erklärt, zur Ausübung der ärztlichen Praxis im Ausland auf besonderen Antrag von Fall zu Fall die Genehmigung zur Ausreise zu erteilen. Die Ortspolizeibehörde werde auf Grund einer solchen Bescheinigung die Reisepässe aushändigen, die jedoch nach Rückkehr wieder abgegeben werden müßten.

Gegen diesen Beschwerdebescheid erhob Dr. X. für sich und seine Ehefrau Klage im VerwStrVerf. und machte insbesondere geltend:

Sein Bevollmächtigter habe nichts darüber geäußert, daß er eine Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland beabsichtige. Bei seinem mangelhaften Gesundheitszustand und seinem Alter von 60 Jahren sei er auch gar nicht in der Lage, sich noch eine dauernde Erwerbsmöglichkeit im Ausland zu schaffen, abgesehen davon, daß er dann einer ausländischen Approbation bedürfen würde, die er als Gast im Ausland bisher nicht benötigt habe. Die Auslandspraxis müsse er beibehalten, weil seine Inlandseinnahmen nicht ausreichten, neben den rückständigen Steuern auch noch die Kosten des Sanatoriums zu decken. Aus Gesundheitsrücksichten sei er bei längeren Reisen auf die Begleitung seiner Frau angewiesen. Die Zumutung, von Fall zu Fall die Aushändigung der Pässe besonders zu beantragen, empfinde er als persönliche Kränkung und kleinliche Schikane; außerdem ließen seine Auslandsreisen oft nicht den geringsten Aufschub zu.

Das BezVerwGer. wies nach Anhörung des Leiters des FinA. in B. als sachverständigen Zeugen die Klage ab.

Auf Rev. des Kl. wies das OVG. die Sache an die Vorinstanz zurück.

Die Entziehung eines Passes stellt ebenso wie die Versagung oder die Beschränkung des Geltungsbereichs eines Passes (vgl. OVG. 82, 261; 90, 289) eine polizeiliche Vfg. dar, gegen welche die in den §§ 45 ff. PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) vorgesehenen Rechtsmittel gegeben sind (vgl. auch ErgänzBest. des PrMdJ. v. 30. Juni 1932 zu § 22, abgedr. in der amtlichen Ausgabe der PaßbEk., Berlin 1932).

Gegenstand des Rechtsstreites ist die Vfg. des Bürgermeisters in D. als Ortspolizeibehörde v. 2. Aug. 1934, durch welche sowohl dem Kl. wie der Kl. die Reisepässe „vorläufig" entzogen wurden. Die Bedeutung dieser Einschränkung ergibt sich aus dem Beschwerdebescheid des Landrats, wonach die Reisepässe auf Grund einer von Fall zu Fall beim FinA. einzuholenden Genehmigung zur Ausreise zwar wieder ausgehändigt werden würden, nach Rückkehr aber der Ortspolizeibehörde wieder zur Verwahrung abgegeben werden müßten. Es handelt sich also nicht um eine Beschränkung des Geltungsbereichs der Pässe auf das Inland oder auf bestimmte außerdeutsche Staaten nach § 9 Abs. 2 PaßbEk. v. 7. Juni 1932, sondern um eine Ent-

ziehung der Pässe nach § 19 a. a. O., wenn auch eine vorübergehende Wiederaushändigung derselben beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in Aussicht gestellt war.

Die Zuständigkeit des Bürgermeisters zum Erlaß der betreffenden Vfg. ergibt sich aus § 19 Abs. 2 Buchst. a a. a. O., weil er als Paßbehörde die betreffenden Pässe ausgestellt hatte. Daß er ihre Entziehung auf Anweisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde ausgesprochen hat, nimmt seiner Maßnahme nicht den Charakter einer ortspolizeilichen Vfg.: Der Beschwerdebescheid ist daher im vorliegenden Fall auf Grund § 47 Abs. 2 Buchst. a PolVerwG. mit Recht vom Landrat erteilt worden.

Gestützt ist die Entziehung der Pässe auf § 19 i. Verb. m. § 11 Abs. 2 Buchst. b der erwähnten Paßbek. Hiernach kann ein Paß dem Inhaber entzogen werden, wenn Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, daß er den Paß benutzen will, um sich u. a. seinen steuerlichen Pflichten zu entziehen.

Das BezVerwGer. hat die Voraussetzungen für gegeben erachtet, weil nach der Bekundung des als sachverständigen Zeugen vernommenen Finanzamtsleiters die erheblichen Steuerhinterziehungen des Kl. in unmittelbarer Beziehung zur früheren Benutzung der Reisepässe gestanden hätten, und daher bei einer unbeschränkten Belassung derselben mit weiteren Verstößen der erwähnten Art zu rechnen sei. Wenn dagegen, wie vorgesehen, die Pässe für eine Auslandsreise nur nach einer vom FinA. festzusetzenden Sicherheitsleistung wieder ausgehändigt würden, so würde hierdurch nicht nur verhindert werden, daß Kl. durch eine etwaige Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland die Erfüllung der bereits bestehenden hohen Steuerschulden vereitele, sondern auch ein ständiger Druck auf ihn ausgeübt werden, in Zukunft seine Steuerpflichten zuverlässiger als bisher zu erfüllen. Jedenfalls würde durch die Vorgänge der Vergangenheit bewiesen, daß die unbeschränkte Paßbenutzung einer Entziehung der steuerlichen Pflichten zu dienen geeignet sei.

Diese Begründung ist in mehrfacher Hinsicht zu beanstanden.

Zunächst ist sie nach ihrem ganzen Aufbau und Zusammenhang nur auf die Person des Kl. zugeschnitten, so daß ihr nicht entnommen werden kann, warum das BezVerwGer. es für gerechtfertigt gehalten hat, daß auch der Kl. der Reisepaß entzogen worden ist. Die angefochtene Entsch. entbehrt daher hinsichtlich der Abweisung der Klage der Ehefrau der nach § 81 LVG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195) erforderlichen Begründung und beruht insoweit auf einem wesentlichen Mangel des Verfahrens.

Im übrigen hat das BezVerwGer. verkannt, daß es im vorliegenden Fall nicht darauf ankommt, ob eine Paßentziehung nur in dem beschränkten, hier vorgesehenen Umfang gerechtfertigt war. Denn § 19 a. a. O. erklärt allgemein und schlechthin die Entziehung eines Reisepasses für zulässig, wenn bestimmte tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind. Sind diese aber vorhanden, so steht es selbstverständlich im freien Ermessen der Paßbehörde, ob sie von ihrer Befugnis in vollem oder nur in beschränktem Umfange Gebrauch machen will. Das BezVerwGer. hätte daher in erster Linie die grundsätzliche Frage prüfen müssen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Paßentziehung überhaupt gegeben waren.

Der angefochtenen Entsch. liegt ferner auch eine unrichtige Auslegung der erwähnten Vorschr. der Paßbek. zugrunde. Die Entziehung eines Reisepasses ist hiernach zulässig, wenn durch Tatsachen die Absicht des Paßinhabers nachgewiesen wird, sich durch eine Auslandsreise seinen Steuerpflichten zu entziehen. Die Absicht der Entziehung setzt aber voraus, daß gegen den Paßinhaber bereits Ansprüche steuerlicher Art bestehen, er also mit Steuern oder Steuerstrafen im Rückstande ist. Die Vorschr. sind dagegen nicht anwendbar, wenn lediglich die Besorgnis begründet ist, der Paßinhaber werde etwaige Erträge seiner Auslandsreise der Steuerbehörde verheimlichen, also sich in Zukunft einer Steuerhinterziehung schuldig machen, denn insoweit bestehen jedenfalls bei der Ausreise noch keine steuerlichen Pflichten für den Paßinhaber, denen er sich durch Benutzung seines Reisepasses entziehen könnte.

Diesen Unterschied hat das BezVerwGer. verkannt. Zwar hat es auf Grund der Aussage des Finanzamtsleiters auch mit der Möglichkeit gerechnet, daß Kl. durch dauernden Wegzug ins Ausland die Erfüllung seiner hohen Steuerschulden vereiteln würde. Aber abgesehen davon, daß das BezVerwGer. es nur als möglich, jedoch nicht als durch Tatsachen nachgewiesen angesehen hat, daß Kl. sich auf diese Weise den bereits gegen ihn bestehenden Steueransprüchen entziehen wolle, ist dieser Gesichtspunkt für die Entsch. gar nicht von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Vielmehr hat das BezVerwGer. die Paßentziehung in erster Linie deswegen für gerechtfertigt gehalten, weil Kl. nach den getroffenen Feststellungen sich bei der Ausübung seiner Auslandspraxis bereits erheblicher Steuerhinterziehungen schuldig gemacht habe und daher die Besorgnis begründet sei, daß seine weitere Tätigkeit im Auslande auch in Zukunft zu erneuten Verstößen dieser Art führen würde. Dieser Rechtsauffassung kann jedoch nach den obigen Ausführungen über die Auslegung der angeführten Vorschr. nicht zugestimmt werden. Das Urt. beruht daher insoweit auch auf einem Rechtsirrtum.

Schon aus diesen Gründen mußte daher die angefochtene Entsch. aufgehoben werden, so daß sich eine Prüfung der vom Kl. erhobenen Revisionsrügen erübrigte.

Bei freier Beurteilung war die Sache nicht spruchreif.

Es muß in eingehender Weise noch geprüft werden, ob ausreichende Gründe für die Annahme vorliegen, daß Kl. durch die Benutzung seines Passes sich seinen steuerlichen Pflichten entziehen wollte, d. h. seinen Wohnsitz ins Ausland verlegen wollte, um die Erfüllung der gegen ihn bestehenden Ansprüche steuerlicher Art zu vereiteln. Das BezVerwGer. hat lediglich im Anschluß an die Aussage des Finanzamtsleiters ausgeführt, daß eine derartige Möglichkeit nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen sei, ohne jedoch diesen Verdacht auf Tatsachen zu stützen, wie die angeführten Vorschr. der Paßbek. es erfordern. Insbesondere hat es nicht festgestellt, ob die von dem Kl. bestrittene Äußerung seines Bevollmächtigten, er trage sich mit der Absicht, ins Ausland überzusiedeln, seinerzeit auf dem FinA. wirklich gefallen ist und überhaupt ernst zu nehmen war. Ebensowenig ist das BezVerwGer. auf die Gründe eingegangen, die Kl. dafür angegeben hatte, daß er gar nicht mehr in der Lage sei, sich im Ausland noch eine dauernde Erwerbsmöglichkeit zu verschaffen, weil er bei einer Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland eine ausländische Approbation zur Ausübung der Praxis benötige, auch bereits in hohem Alter und kränklich sei und überdies seine Einkommensquellen im Inland aufgeben müsse. Eine weitere Aufklärung der Sachlage ist daher in dieser Hinsicht unerläßlich.

Schließlich fehlen noch jegliche Unterlagen für die Beantwortung der Frage, ob es zulässig war, auch der Kl. den Reisepaß zu entziehen. Sollte sie für die Steuerschuld ihres Mannes zu haften haben, wird noch festzustellen sein, ob und inwiefern sie in der Lage war, vom Ausland aus die Tilgung derselben aus inländischen Vermögenswerten und Einkommensquellen zu beeinträchtigen.

Der Rechtsstreit mußte daher an das BezVerwGer. zurückverwiesen werden.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 12. Sept. 1935, III C 186/34.)

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 4. Vj. 35: 20 800.